Die „Begünstigung“ im Sinne des § 346 R. St. G. B.

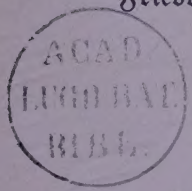
Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen



vorgelegt von

Alexander Ringleb

aus Berlin

Referendar am kgl. Amtsgericht zu Alt-Landsberg.

Approbiert am 17. Mai 1909.

Berlin

Buchdruckerei von Gebr. Horn

1909.

107

Referent: Univ.-Professor Dr. Allfeld

Meinem hochverehrten Lehrer,

Herrn Professor Köhler

in München

in steter Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung: § 346 St. G. B. und das Legalitätsprinzip. . 9

§ 2. Systematische Stellung des Delikts aus § 346. 11
a) Kurzer Ueberblick über die Amtsdelikte des R. St. G. B. im allgemeinen. Einteilung derselben.
b) Die spezielle Stellung des § 346; Delikte gegen die staatliche Rechtspflege — die gemeine Begünstigung.
c) Das Objekt des Verbrechens.

§ 3. I. Der § 346 gerichtet gegen vorsätzliche Strafvereitelung, erreicht durch: 21
a) „Urteilsverhinderung".
aa) Unterlassung der Verfolgung.
bb) Begehung einer Handlung, welche geeignet ist . . . .
b) „Urteilsbeugung".
aa) Nichtbetreibung der Vollstreckung.
bb) Vollstreckung einer gelinderen als der erkannten Strafe.

§ 4. II. Tatbestandselemente des § 346. 34
a) Die Subjekte der Einzeltatbestände.
1. Die Stellung der richterlichen Justizbeamten mit Bezug auf die Norm.
2. Unterfallen die ex officio als Verteidiger bestellten Justizbeamten (§ 144 II. St. P. O.) dem § 346?
3. Möglichkeit der Täterschaft von Justizaufsichtsbeamten.
b) Notwendigkeit des Vorliegens einer tatsächlich strafbaren Handlung auf Seiten des Dritten („Vortäters") als Anstoß zum Einschreiten gegen den Amtsträger.
c) Der verbrecherische Vorsatz in unserer Norm und seine Umgrenzung.
d) Dolus eventualis und Fahrlässigkeit.

Seite

§ 5. III. Das Delikt in den sonstigen Erscheinungsformen der Verbrechen. 44

a) Versuch (Möglich ist nur untauglicher, also strafloser, rechtlich irrelevanter Versuch).

b) Teilnahme.

§ 6. IV. „Sonderzielpunkte" für eine Revision des § 346. . . 51

a) Der § 346 eine Ueberspannung der staatlichen Strafgewalt angesichts der Geltung des Legalitätsprinzips bei der Verfolgung von Uebertretungen.

b) Erweiterung des Tatbestands des § 346 durch Unterstellung der rechtswidrig herbeigeführten Einstellung eines Strafverfahrens unter unsere Norm.

c) Aufnahme einer Bestimmung in den Paragraphen, die Art der strafrechtlichen Behandlung einer vorverständigten Begünstigung ergebend. Ist sie als Beihülfe oder in Realkonkurrenz neben dieser zu strafen?

d) Notwendigkeit der Ausdehnung der Bestimmung des § 257 II. auf unsere Norm.

Literaturverzeichnis.

Beling: (in vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Band VII.)

Binding: Lehrbuch des gemeinen dtsch. Strafrechts. Bes. Teil Bd. II. 2.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. Bd. I.

Entscheidungen: des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. V, XXX, XII, XXVIII.

Entwurf einer Strafprozeßordnung: Berlin 1908, Moesers Buchhandlung.

Frank: Kommentar zum R. St. G. B. 5.—7. Auflage.

Gerichtssaal, Der, Band 64.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Gretener: Begünstigung und Hehlerei.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Band II. 2.

Heigelin: (in Goltdammers Archiv. Bd. 43).

Köhler: (in vergl. Darstellung siehe oben. Band IX).

v. Kübel: Württemb. Gerichtsblatt 1875. Band 8.

Laband: Staatsrecht. Band I.

v. Liszt: Lehrbuch des Strafrechts (15.—16. und 16.—17. Auflage).

Löwe-Hellweg: Kommentar zur St. P. O.

Meves: (in Holtzendorffs Handbuch des Strafrechts III).

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Strafrechts. VI. Auflage.

Müller: Preußische Justizverwaltung. Band I.

Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen.

Olshausen: Kommentar zum St. G. B.

Oppenheim: (Lassa) Die Amtsverbrechen des R. St. G. B.

Oppenheim: Die Objekte der Verbrechen.

Oppenhoff: Kommentar zum R. St. G. B.

Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses: Berlin 1905, Guttentag.
Rubo: Kommentar zum St. G. B.
Schütze: Notwendige Teilnahme am Verbrechen.
Schwarze: Kommentar zur St. P. O.
Ullmann: Lehrbuch des dtsch. Strafprozeßrechts.
Verhandlungen des 2. dtsch. Juristentages: Berlin 1861—1862. Bd. 1 und 2.
Wertheimer: Die Mischgesetze des deutschen St. G. B.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Band 8, 18, 22.

§ 1.

Einleitung.

Die Strafprozeßordnung in ihrer gegenwärtigen Form hat den heftig bekämpften aber erfolgreich verfochtenen Grundsatz adoptiert, daß eine staatliche Anklagebehörde von amtswegen stets da einzuschreiten hat, wo gerichtlich strafbare und verfolgbare Handlungen zu ihrer Kenntnis gelangen und zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

Sollte dieser mit dem Kunstausdruck „Legalitätsprinzip" bezeichnete Grundsatz, der einer besonderen Behörde gewaltige Machtmittel an die Hand gibt, bei seiner Durchführung durch die dazu bestimmten Beamten nicht zu einer schweren Gefahr für die Rechtspflege werden, so mußte man sich vor seiner mißbräuchlichen Anwendung durch Strafdrohungen schützen. Diesem Zweck zu dienen, ist die Bestimmung des § 346 R. St. G. B. Zwar wird bestritten, daß ausschließlich die Beamten der Staatsanwaltschaft und der ihr angegliederten Organe als Subjekte der durch § 346 bedrohten Straftaten zu betrachten sind; es kann indessen u. E. eigentlich ein Zweifel darüber nicht aufkommen, daß der § 346 sich lediglich gegen die Rechtsbeugung durch Begünstigung seitens der Staatsanwaltschaft und derjenigen Beamten richtet, welche entweder — wie die im § 159 St. P. O. benannten — als Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft deren Ersuchen oder Auftrag Folge zu leisten verpflichtet sind, oder aber — wie z. B. Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher und Strafanstaltsbeamte — bei der Strafverfolgung resp. Strafvollstreckung in einer gewissen Selbständigkeit neben der Staatsanwaltschaft tätig werden. Denn die Rechtsbeugung (i. o. w. S.) durch richterliche Beamte, soweit die Tendenz also Begünstigung ist, bedroht § 336 und es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen man auch dem § 346 diese Absicht beizulegen sucht[1]).

Werfen wir einen kurzen Blick auf die Geschichte des Legalitätsprinzips, so sehen wir, daß in Deutschland bis zur Einführung des französischen Strafprozesses das Legalitätsprinzip die Strafrechtspflege beherrschte. Das strafprozessuale Verfahren war inquisitorisch, die öffent-

[1]) cf unten § 4 und Binding Lehrb. Strafr. bes. Teil II. 2. 1905.

liche Anklage war Aufgabe des Richteramts und nahm daher an der dem Richteramte eigenen Unabhängigkeit teil. Sie wurde lediglich nach Maßgabe des Gesetzes ausgeübt. Die Unabhängigkeit des richterlichen Anklägers wurde jedoch immer unbegrenzter und die Gesetzgebung begünstigte dies, indem Sie dem Richter für seine Untersuchungstätigkeit nur Instruktionen gab, wie er im allgemeinen zu verfahren habe, die Details aber seinem Ermessen überließ.

Daß man sich der schweren Gefahr, die dieses System in sich trug, bewußt war, zeigen neben den Strafdrohungen anderer Gesetzgebungen insbesondere diejenigen des preußischen allgemeinen Landrechts, welches in seiner Behandlung der Beamtendelikte überhaupt bahnbrechend wurde.

Als im Einklang mit den politischen Neuerungen im Jahre 1848 das französische Akkusationsverfahren und das Institut der Staatsanwaltschaft in Deutschland seinen Eingang fand, wandte man sich, wenn auch zunächst ohne dem Gedanken ausdrücklich Anerkennung zu geben, vom Legalitätsprinzip zu dem Grundsatze der Opportunität in der Strafverfolgung[1a]).

Es war nicht unbedingte Pflicht der Staatsanwaltschaft, bestehende Strafansprüche zur Geltung zu bringen.

Durch zahlreiche Gesetzgebungen der deutschen Einzelstaaten endlich ist die Entwicklung so weit vorgeschritten, daß die unter der Aegide des geeinten Deutschen Reichs entstandene Strafgesetzgebung sich prinzipiell auf den Boden der Legalität in der Strafverfolgung stellte und den Mißbrauch der Machtstellung der strafverfolgenden Sonderbehörde gesondert behandelt von den Amtsmißbräuchen durch richterliche Justizbeamte.

Auf dem groß angelegten Fundament, welches das A. L. R. für die Behandlung der Beamtendelikte lieferte, ist sorgfältig weitergebaut worden und dies vor allem nach der Richtung der Verfeinerung und Erweiterung der Tatbestände. Dennoch ist gerade der 28. Abschnitt unseres Reichs-Strafgesetzbuches, der der Behandlung der Verbrechen und Vergehen im Amte gewidmet ist, als reformbedürftig anerkannt und dies gilt vor allem für den Paragraphen, der, wie wir zu Eingang dieser Zeilen darzutun versuchten, speziell dem Amtsmißbrauch durch die Staatsanwaltschaft, der Begünstigung von Verbrechen durch diese entgegenzuwirken bestimmt ist. Ihn bezeichnet Binding als „eine der stärksten leges saturae (Lehrbuch bes. Teil S. 570, Note 1)" unseres St. G. B. Ist die Kritik auch scharf, so werden wir doch in Folgendem sehen, daß sie in vielen Beziehungen gerechtfertigt ist.

[1a]) cf. Ullmann, Lehrbuch, Strafprozeßr. S. 207 n. 3. Schwarze, Kommentar z. St. P. O. § 152 sub 3.

§ 2.

Systematische Stellung des Delikts aus § 346.

a) Die Amtsdelikte im Allgemeinen.

Betrachten wir die systematische Stellung unseres Paragraphen, so finden wir ihn in demjenigen Abschnitt des Strafgesetzbuches, der des wohlgeordneten Systems eigentlich am allermeisten ermangelt und in dem eine Anzahl Paragraphen, inhaltlich von weitreichendster Bedeutung, förmlich bunte Reihe bildend neben einander stehen. Damit nicht genug, der 28. Abschnitt des G. B., der nach den Worten des Gesetzbuches selbst die „Verbrechen und Vergehen im Amte" bezielt, regelt entgegen dem Anschein, den er durch seine Ueberschrift erweckt, die Bestrafung der Amtsverbrechen nicht ausschließlich. Strafbestimmungen gegen Amtsmißbräuche finden sich auch in anderen Abschnitten des G. B. So werden außerhalb des 28. Abschnitts im § 174, Z. 2 und 3 Delikte bedroht, die, wenn man einer gebräuchlichen Bezeichnung folgen will, als „eigentliche" Amtsdelikte gelten müssen[1]), eine Benennungsweise, der wir noch unten unsere Aufmerksamkeit zuzuwenden haben werden und welche diejenigen Beamtendelikte registriert, die eigentlich allein die Bezeichnung als solche verdienen.

Andererseits aber werden im 28. Abschnitt nicht blos Verbrechen und Vergehen im Amte behandelt, Delikte also, die nach dem Sinn des 28. Abschnitts Beamte zum Subjekt der Begehung haben, sondern es begegnen uns Strafdrohungen, die ebensowohl in anderen Teilen des Gesetzbuchs plaziert werden konnten.

Es ist nun nicht Aufgabe dieser Zeilen, über die Systematik im 28. Abschnitt des R. St. G. B. zu handeln; wir wollen vielmehr in diesem engeren Teil der Arbeit zunächst lediglich feststellen, ob und inwieweit die Verbrechen und Vergehen im Amte sich kategorisieren lassen und zu welcher Kategorie unser § 346 zu zählen ist.

---

[1]) a. M. Meves in Holtzendorffs Handbuch III, S. 928 ff. der die eigentlichen Amtsverbrechen als im 28. Abschn. erschöpfend geregelt ansieht.

a. M. auch Oppenheim i. Rechtsbeugungsverbrechen S. 23, der hier überhaupt kein Amtsverbrechen sieht.

Aus der Anlage des bezüglichen Abschnitts im G. B. läßt sich eine systematische Aufeinanderfolge und innerer Zusammenhang nur in bescheidenstem Maße herleiten und auch dies nicht durchgehends.

Die Doktrin springt hier ein. Es stehen sich in der Hauptsache zwei Ansichten gegenüber; einmal werden reine oder eigentliche und gemischte oder uneigentliche Amtsverbrechen unterschieden, je nachdem Verbrechen bedroht werden, die nur der Inhaber eines Amtes begehen kann, oder solche, die tatbestandsmäßig gemeine Verbrechen sind, deren Begehung durch einen Amtsträger aber besonders gestraft wird — diese Anschauungsweise muß als herrschende bezeichnet werden; eine andere Meinung verwirft diese Einteilung, bezeichnet als Amtsverbrechen lediglich die von den Vertretern der erstgedachten Richtung als „eigentliche" gekennzeichneten Amtsverbrechen und faßt die sogenannten „uneigentlichen" Amtsverbrechen der herrschenden Meinung als gemeine Verbrechen, qualifiziert durch den Umstand, daß der betreffende Amtsinhaber gleichzeitig Beamter ist[2]). Vertreter der letztgedachten Anschauung über die Einteilung der Amtsverbrechen ist vor allem Oppenheim[3]), ihr eigentlicher Begründer, in seiner Monographie über Rechtsbeugungsverbrechen und den einleitenden Worten über das Wesen der Amtsverbrechen. Oppenheim tritt dort ein für Außerbetrachtlassung der Amtspflichtverletzung für das öffentliche Strafrecht. Sie soll Gegenstand der Beurteilung des Disziplinarstrafrechts sein. Er motiviert diese Forderung mit dem Grundsatz des „ne bis in idem", der seiner Meinung nach bei einer Nichtscheidung verletzt wird. Nun können wir aber die Richtigkeit dieses Vorwurfs eines „bis in idem" bei Nichtausscheidung der Amtspflichtverletzung i. o. S. nicht anerkennen. Und dies aus einer ganz allgemeinen Erwägung. Betrachten wir einen Augenblick das Verhältnis des Beamten zum Amtsgeber. Es bestimmt sich — wir sprechen natürlich von den heutigen deutschen Verhältnissen — im wesentlichen nach § 10 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873. Dieser Paragraph scheidet sich in zwei deutlich unterscheidbare Abschnitte: Einen, dessen Verletzung durch den Beamten kriminell verpönt ist und einen, der bei Zuwiderhandlungen disziplinare Ahndung nach sich zieht (vergl. § 72 Reichsb.-Ges.) („und durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen"). Denken wir nun an Labands Ausführungen[3a]) über das Dienstgewaltverhältnis des Staats seinen Beamten gegenüber, so möchten wir gegen Oppenheim das Folgende bemerken: Familie, Schule, Kirche, Seeschiffe, alle halten die Ordnung ihres Kreises durch Disziplinarmaßregeln aufrecht. Vergeht sich ein der Disziplinargewalt der Genannten unterworfenes Glied, wir wollen speziell an die Familie denken, kriminell, so löst dieses Vergehen zunächst ein Zuchtmittel seitens des disziplinar Uebergeordneten aus,

---

[2]) Amtsinhaber sind natürlich nicht immer Beamte. Wir können auf eine nähere Erörterung staatsrechtlicher Fragen hier nicht eingehen. Vergl. darüber unten!

[3]) die Rechtsbeugungsverbrechen Einleitung.

[3a]) Laband, Staatsrecht Bd. I S. 454 ff.

der so von einem „Reservatrecht" Gebrauch macht[4]). Dann bemächtigt sich die über allen stehende Zuchtgewalt des Staats, die Strafgewalt, des Missetäters und führt ihn seiner kriminellen Bestrafung entgegen. Das „Reservatrecht der Disziplinarstrafgewalt" für bestimmte Gruppen von Lebensgemeinschaften ist eine alte, segensreiche Einrichtung, die sich auch der Staat zunutze gemacht hat. Familie, Schulangehörige, Kirchenunterworfene, Schiffsmannschaften, d. i. ins Staatsleben übersetzt, das Heer, die große Familie der Beamten. Die Beamtengruppe untersteht der Zuchtgewalt der einzelnen stationes fisci, die zu ihrer Ausübung berufen sind. Aber als zum Staatsvolk gehörig werden Beamte hinsichtlich ihrer Vergehen wie alle Staatsbürger von der alle umfassenden Staatskriminalstrafgewalt betroffen. So besteht zwar die Möglichkeit einer Kumulation von Strafverfahren gegen den Beamten, aber kein bis in idem. (In diesem Sinne besonders Meyer-Allfeld S. 8). (Die Verletzung der Amtspflicht, derentwegen der Disziplinierende straft, wird aus sachlichen Gründen auch vom Strafrichter beachtet.)

Stimmten wir also Oppenheims Ausscheidung der Amtspflichtverletzung für die Beurteilung des öffentlichen Strafrechts zu, so könnten wir nicht umhin, seinem auf diesem Wege gefundenen Prinzip beizustimmen, daß lediglich „eigentliche" Amtsverbrechen als solche anzusehen sind.

Allein diese Ausschaltung der Amtspflichtverletzung geht eben wohl zu weit, oder vielmehr sie ist u. E. zur rechten Erfassung des Wesens der Amtsverbrechen nicht nötig. Nach einer anderen Richtung aber tut Oppenheim einen entscheidenden und in seinen Konsequenzen u. E. allgemein zu billigenden Schritt: Er nennt nämlich als Hauptmerkmal des Amtsverbrechens (die Rechtsbeugungsverbrechen S. 21) den Umstand, daß das betreffende Rechtsgut „nur durch den Amtsinhaber verletzt werden kann" und dies nur, weil lediglich dem Amtsinhaber, vermöge seines Amts eine Einwirkung auf dieses Rechtsgut möglich ist. Der Inhalt des Vordersatzes ergibt sich aus Oppenheims Auffassung über die Objekte der Verbrechen; wir können ihm hierin nicht beistimmen und werden unter c in diesem Paragraphen vorliegender Arbeit noch auf Oppenheims Theorie über die Verbrechensobjekte einzugehen haben. Der Nachsatz indessen zeigt dasjenige Moment, aus welchem Amtsverbrechen als solche diagnostiziert werden können und auf Grund dessen wir eine Einteilung in eigentliche und uneigentliche Amtsverbrechen in der Tat entbehren können. Wir meinen den Hinweis auf das Delinquieren des Beamten

---

[4]) Dieses Zuchtmittel ist jedoch keine Strafe im Sinne des Strafrechts, und das Disziplinarstrafrecht ist nicht etwa ein Spezial strafrecht. Zwar besteht zwischen Kriminalstrafrecht und Disziplinarstrafrecht insofern eine große Aehnlichkeit, als beide zu ihrer Verwirklichung sich der Strafe als Mittel bedienen. Entscheidend aber ist hier, daß die Disziplinarfolgen einer Amtspflichtverletzung nicht auf einer öffentlichrechtlichen, sondern auf privatrechtlicher Basis beruhen, auf dem Gewaltverhältnis nämlich zwischen Staat und Staatsdiener: Disziplinarstrafen sind Mittel zur Erhaltung von Zucht und Ordnung innerhalb des Dienstverhältnisses und dienen zur Sicherung der Erfüllung der Dienstpflichten (so Laband, Staatsrecht, S. 454/55).

innerhalb seiner Zuständigkeit. Und das ist auch das Kriterium, welches Binding (Gerichtssaal 64, S. 9) zur Kennzeichnung der Amtsverbrechen nennt. Das Beamtenverhältnis an und für sich bedingt eigentlich für den Amtsträger nur die Möglichkeit eines disziplinaren Vergehens, d. h. das Beamtenverhältnis im staatsrechtlichen Sinne, wobei der Beamte sehr gut ohne Amt sein kann. „Die Möglichkeit des Amtsverbrechens erwächst ihm (dem Beamten) erst mit der Amtsübertragung und er bleibt dazu nur so lange imstande, als er im Amte ist" (Binding). Aber auch dieses „im Amte sein" muß noch näher dahin umgrenzt werden, daß der Beamte, soll ihm ein Amtsverbrechen zur Last gelegt werden, im Amte befindlich innerhalb seiner Zuständigkeit delinquiert haben muß. Wir meinen, daß diese von Binding und Oppenheim vertretene Anschauung eigentlich nicht gut widerleglich ist. Ein Strafrichter, der in der Sitzung einem halsstarrigen Angeklagten eine Tracht Prügel verabfolgen würde, hätte damit nicht den Tatbestand eines Amts- sondern eines gemeinen Verbrechens erfüllt. Er hat zwar die Sitzungspolizei, ist aber über die Grenze seiner Zuständigkeit hinausgegangen und hat eine rechtswidrige Handlung begangen.

Amtsdelikt und Zuständigkeit sind zwei Begriffe engsten Zusammenhangs und wir müssen sogar, was Binding ausdrücklich hervorhebt, für diejenigen Paragraphen unseres St. G. B., bei denen dies nicht besonders betont ist, das Amtsdelikt aber als unter Mißbrauch der Zuständigkeit begangen angesehen werden kann, den Mißbrauch der Zuständigkeit bei der Begehung subintellegieren.

Nach dem oben Gesagten erachten wir, der Bindingschen und der in der Grundrichtung gleichartigen Lehre Oppenheims folgend, eine „Einteilung" der Amtsverbrechen im Sinne der herrschenden Meinung mindestens nicht für angebracht. Die „uneigentlichen" Amtsverbrechen sind den gemeinen Verbrechen anzugliedern; sie erhalten eine besondere Färbung lediglich durch den die Missetat qualifizierenden Umstand der Beamteneigenschaft des Täters.

Wenn auch der Tatbestand unseres § 346 sowohl im Sinne der herrschenden Theorie als auch im Spiegel Oppenheim-Bindingscher Anschauung ohne Zweifel ein Amtsverbrechen darstellt, so hoffen wir die vorausgeschickte Erörterung über eine Einteilung der Amtsverbrechen dennoch nicht ohne Zweck angestellt zu haben. Nicht nur werden wir, wenn wir im Folgenden die spezielle Stellung des § 346 im System untersuchen und ihn als ein Delikt gegen die staatliche Rechtspflege darstellen, nochmals erörtern müssen, ob die Amtsverbrechen in der Tat lediglich durch Amtsinhaber verletzbare „Rechtsgüter" treffen, wie Oppenheim annimmt, sondern wir werden im besonderen auch bei der Beleuchtung unseres Delikts in den sonstigen Erscheinungsformen der Verbrechen (unten § 5) uns auf hier gewonnene Grundsätze beziehen können.

b) Die spezielle Stellung des § 346.

Die Frage unter welchen Gesichtspunkten die Einleitung des sog. besonderen Teiles unseres Strafrechts zu erfolgen habe, ist nicht unbestritten. Wir können uns indessen darauf beschränken, festzustellen, daß mit Bezug auf einen Oberbegriff, welchem die im § 346 bedrohten Verbrechen unterzuordnen wären, nahezu Uebereinstimmung herrscht. Fassen wir nun aber den Tatbestand unseres Delikts als strafbare Handlung gegen die Staatsgewalt, wie sie sich äußert in der Verwaltung des Staats, so sind wir immerhin in Verlegenheit, welche Ordnung danach vorzunehmen wäre.

In der Literatur begegnet fast durchgängig die Einreihung unseres Verbrechens in die Serie der Amtsdelikte streng für sich betrachtet. Wenn wir auch natürlich diese Qualität nach dem Subjekt des in § 346 bedrohten Delikts nicht in Frage stellen wollen — haben wir doch eben in derselben Richtung definiert — so möchten wir doch, unter Hinweis auf die weiter unten zu erörternde Lehre von dem Objekt des Verbrechens[5]), und in Berücksichtigung der Tendenz des § 346 das Verbrechen denjenigen beiordnen, die man als Delikte gegen die staatliche Rechtspflege bezeichnen kann. Man möchte wohl einwenden, daß durch ein solches Verfahren die Amtsdelikte als besonderer Abschnitt unseres St. G. B. überhaupt überflüssig würden und sie, um unsere eignen Worte zu gebrauchen, je nach der Tendenz anderen Abschnitten eingereiht werden sollten. Indessen bringen wir u. E. weder eine Komplikation der Einteilung der Amtsverbrechen noch können wir dadurch eine auch nur teilweise Aufhebung der Bestimmungen des Abschnittes über die Amtsverbrechen versuchen wollen. Wir gedenken vielmehr, die „Delikte gegen die staatliche Rechtspflege" als eine Unterabteilung des schon gedachten Oberbegriffs „strafbare Handlungen gegen die Staatsverwaltung" fassend, die Amtsdelikte bei völliger Integrität ihrer Amtsverbrechenseigenschaft, soweit sie sich als gegen die staatliche Rechtspflege zielend charakterisieren, den Delikten gegen die Rechtspflege beizuordnen. Grund genug hierfür wäre die organische Verwandschaft der Amtsdelikte gegen die Rechtspflege mit den gemeinen Verbrechen gegen diese. Hat man doch speziell das durch § 346 bedrohte Verbrechen als „Begünstigung begangen durch Justizbeamte" bezeichnet. (Absicht, jemand der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen im § 346!) Auch Binding führt die diesbezüglichen Amtsdelikte unter den Verbrechen gegen die staatliche Rechtspflege auf, indessen bezieht er sich nur auf die streitige Rechtspflege und bezielt also die Prozeßverbrechen; er nennt die Handlungen daher „strafbare Hemmungen des gesetzmäßigen Verlaufs streitiger Rechtspflege" und registriert demzufolge Haftbruch, Verstrickungsbruch und das Delikt κατ' ἐξοχήν gegen die Rechtspflege, die gemeine Begünstigung unter „strafbare Handlungen gegen einzelne Rechte des Staats".

---

[5]) Wir gehen hier natürlich nicht nochmals darauf aus, echte und unechte Amtsverbrechen zu scheiden und daraus die Konsequenzen zu ziehen (vergl. auch Binding a. a. O. S. 407 Note 2).

Zu der engeren Untersuchung über die „Begünstigung durch Justizbeamte" nun dürfen wir, nach Festlegung der Stellung unseres § 346 im System, nicht übergehen, ohne einen kurzen Exkurs auf das Gebiet der gemeinen Begünstigung zu unternehmen, wobei wir auf die Verbrechensobjekte im allgemeinen und das Objekt unseres Verbrechens im besonderen eingehen werden.

Die dogmatische Behandlung des gemeinen Begünstigungsdelikts ist nun noch immer ein Kampfplatz. Wer, wie es mehrfach geschieht, in der Begünstigung eine Teilnahme am Verbrechen sieht, muß sie folgerichtig in den allgemeinen Teil, anschließend an die Bestimmungen über die Teilnahme im engeren Sinne verweisen. Diese Auffassung der Begünstigung als einer nachfolgenden Teilnahme am Vor- oder „Hauptdelikt" ist durch die Darstellung der Begünstigung als Spezialdelikt zurückgedrängt worden. Man hat sogar noch den weiteren Schritt der Befürwortung einer Trennung von persönlicher und sachlicher Begünstigung getan und die sachliche den sogenannten Vermögensverbrechen anzugliedern empfohlen. Terminologisch wollen die Verteidiger der letzteren Ansicht überhaupt nur die sog. „persönliche" Begünstigung als Begünstigung aufgefaßt wissen, während die sachliche am besten als „Hehlerei" zu bezeichnen wäre. Indessen herrscht hier Streit, während man ziemlich einhellig der Ansicht ist, daß das Sonderdelikt der Begünstigung als „Vergehen gegen die Justizgewalt des Staates" zu definieren „und den verwandten Delikten gegen die staatlichen Hoheitsrechte" einzureihen ist[6]).

Wir versagen es uns an dieser Stelle zu untersuchen, ob derjenige die Grenze zu weit zieht, welcher die Begünstigung als Vergehen gegen die „Justizgewalt" des Staats auffaßt. Sicherlich aber ist sie mit der herrschenden Meinung mindestens als „Hemmung der staatlichen Rechtspflege (v. Liszt, 16. Auflage, S. 603)", als Gefährdung derselben (Allfeld: Das Begünstigungsdelikt richtet sich gegen die Rechtspflege. 6. Auflage, S. 559), ja als Vereitelung dieser zu bezeichnen. „Sie hindert . . . . . den Eintritt der Rechtsfolgen, welche der Staat an die Begehung des Verbrechens oder Vergehens geknüpft hat". (v. Liszt a. a. O.)

Nach alledem aber zeigt sich das Delikt der gemeinen Begünstigung, wie nicht anders zu erwarten, dem Sonderdelikt der beamteten Begünstigung völlig sinnesverwandt. Beiden ist die geschehene Begehung eines Verbrechens oder Vergehens[7]) Voraussetzung, muß dem Täter oder Teilnehmer eines Verbrechens oder Vergehens wissentlich-vorsätzlich Beistand geleistet werden und er der gesetzlichen Strafe rechtswidrig entzogen werden wollen. Gehen wir aber auf das Objekt speziell des § 346 und die Verbrechensobjekte im allgemeinen näher ein. Es muß also der Versuch gemacht sein, die staatliche Rechtspflege in ihrer Funktion zu behindern. Und was ist die staatliche Rechtspflege als solche? Sie ist nach Schütze die konkrete

[6]) cf. Gretener, Begünstigung und Hehlerei S. 133 ff.

[7]) Begünstigung von Uebertretungen durch Justizbeamte ist strafbar, da „strafbare Handlung" i. Zshg. des § 346 jede kriminell strafbare betrifft.

Erscheinung eines Bestandteiles der Rechtsordnung; sie ist die Rechtsordnung, individualisiert in einem ihrer strafrechtlich geschützten Rechtsverhältnisse (Schütze notwendige Teilnahme am Verbrechen S. 64). Wenn wir diese Definition anerkennen wollen, können wir damit auch Schützes Anschauungen über das Verbrechensobjekt adoptieren? Auf diese Frage sowie überhaupt auf die Frage nach dem Verbrechensobjekt im allgemeinen und dem unseres § 346 im besonderen wollen wir im Folgenden eingehen.

c) Objekt des Verbrechens und Objekt des § 346 St. G. B.

Die beregte Schützesche Theorie von den Objekten des Verbrechens hat, daran ist nicht zu zweifeln, im Vergleich zu früheren Theorien insofern einen bedeutsamen Schritt vorwärts getan, als sie das Verbrechen als „Güterverletzung" erfaßt, so das an der Missetat in die Augen springende betont und daher sich der in den früheren Theorien von der „Rechtsverletzung" enthaltenen Gezwungenheiten entledigt[8]). Indessen kommt Schütze zu seiner Ansicht von der Gutsverletzung nur auf dem Umwege über die durch das Verbrechen verletzte Rechtsordnung als Objekt. Nun ist aber die Rechtsordnung schließlich bei allen Arten begangenen Unrechts verletzt und statt der notwendigen Spezialisierung erhielten wir eine unerwünschte Generalisierung der Behandlung, wenn nicht Schütze, dies natürlich empfindend, die verletzte Rechtsordnung als eine Art „Oberobjekt", „juristisches Objekt", wie er selbst es bezeichnet, hinstellte und in dem „praktischen Objekt", dem konkret verletzten Bestandteil der Rechtsordnung, das von uns Gesuchte zu finden gedächte. Nun ist aber, so sehr die Schützesche Theorie die Möglichkeit scharfer Einteilung der Verbrechensobjekte bietet an der Hand der in den einzelnen strafrechtlich geschützten Rechtsverhältnissen individualisierten Rechtsordnung insofern ein Widerspruch mit Bestehendem vorhanden, als die Tatobjekte (z. B. der erschlagene Mensch) die als Verbrechensobjekte anerkannt sind, von ihm außer Betracht gelassen werden und andererseits ist Schützes Gutsbegriff u. E. nicht annehmbar aus dem Grunde, weil diese Güter alias individualisierte Rechtsverhältnisse, wie Beispiele es erweisen, solche wohl doch nicht sind. Es ist zwar die Integrität der Amtstreue, die auch Oppenheim in seiner Polemik gegen Schütze (a. a. O. S. 13) heraushebt, ein strafrechtlich geschützter Bestandteil der bestehenden Rechtsordnung, kaum aber, wie man auch sonst urteilen mag, ein Rechtsverhältnis..

Mit dem Gutsbegriff operiert auch Binding[9]) bei seiner Bearbeitung der Frage nach dem Objekt des Verbrechens und er geht dazu aus von der Ansicht, daß subjektive Rechte, wenn auch selbstverständlich angegriffen,

[8]) Oppenheim Objekte der Verbrechen S. 1 ff.

[9]) Wir beabsichtigen lediglich, uns mit der Auffassung derjenigen Schriftsteller zu befassen, welche den Weg auf die Meinung weisen, der wir uns unten anzuschließen gedenken.

so doch aber nicht verletzt werden können. Wenn er das Verbrechen als Verletzung von „Rechtsgütern" aufgefaßt wissen will und „Rechtsgut" alles ist „was selbst kein Recht . . . an dessen Erhaltung . . . die Rechtsgemeinschaft aber nach Ansicht des Gesetzgebers . . . ein Interesse hat und das er deshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist"[10]), so steht er damit im Grunde genommen auf dem Boden derselben Anschauung wie v. Liszt.

Das Angriffsobjekt der Verbrechen ist nach Liszt[10a]) das Rechtsgut als das rechtlich geschützte Interesse. Allein Binding deduziert dennoch anders: Sein Ausgangspunkt ist der Angriff auf subjektive Rechte, welcher stattfindet — und das ist der springende Punkt — durch Angriffe auf Rechtsgüter. Binding hebt hervor, daß nicht nur viele Verbrechen Angriffe auf subjektive Rechte enthalten, sondern gerade bei bestimmten Arten von Verbrechen nur durch einen so gestalteten Angriff möglich sind. (Normen 1 S. 329—38.) Aber: Der Vermittler oder vielmehr sogar der Urheber dieser Angriffe auf subjektive Rechte ist auch dann nur zu suchen in der Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern. Ohne Rücksicht auf sonstige Gestaltung also ist gemeinsames Merkmal aller Verbrechen der Angriff auf das Rechtsgut. Das Rechtsgut ist Angriffsobjekt der Verbrechen. Angriffe erfolgen im allgemeinen nun um Verletzungen herbeizuführen und sind, wenn Mittel und Wege nicht geradezu sinnlos gewählt werden (z. B. die Fälle, die den sogen. absolut untauglichen (straflosen) Versuch der Verbrechen bedingen) mindestens zu Gefährdungen angetan. Hielt Binding Rechte nicht für verletzbar, so mußte er zuweilen, um verletzbare Rechtsgüter, also taugliche Angriffsobjekte in seinem Sinne zu finden, zu Konstruktionen seine Zuflucht nehmen. Dies besonders dann, wenn, wie Oppenheim a. a. O. S. 21 hervorhebt, einem Verbrechen der Angriff auf ein subjektives Recht wesentlich ist. Er muß ein zweites wirkliches Angriffsobjekt suchen und aufstellen. Wenn ihm nun dies auch gelingt, so kommt man doch eben bei Realisierung der Lehre Bindings häufig nicht um Konstruktionen herum; dieser Zwang zur Konstruktion macht sich auch bei der Durchführung von Liszts schon oben zitierter Interessenschutztheorie bemerkbar. Wir möchten jedoch schon hier sagen in einer Weise, die Oppenheims Einwendungen gegen Liszt u. E. nicht durchaus überzeugend erscheinen lassen. Wenn, wie Liszt lehrt, ein Rechtsgut ein rechtlich geschütztes Interesse ist, so kann man diese vom Recht geschützten Interessen sehr wohl als Objekte verbrecherischer Angriffe bezeichnen; aber man kann diese Objekte nicht mit den menschlichen Sinnen wahrnehmen, kann ihnen also durch Angriffe weder Verletzungen beibringen noch sie überhaupt Veränderungen unterwerfen. Damit hätten wir also zunächst ein Zurückflauen, wir möchten sagen bis auf Schützes „praktisches Objekt", wenn nicht Liszt dem ersten abstrakten Objekt ein zweites konkretes hinzufügte, an welchem die durch ein Verbrechen in der Sinnenwelt zu bewirkende Veränderung

[10]) S. Binding Normen Band 1, S. 353, 54, 55.

[10a]) cf unten S. 19

eintreten kann, welches also Objekt der verbrecherischen Handlung ist. „Da nun aber jedes Verbrechen zugleich Störung eines rechtlich geschützten Interesses ist, muß jener Gegenstand zugleich als eine sinnfällige Verkörperung des rechtlich geschützten Interesses, des Rechtsgutes erscheinen" (Zeitschr. f. d. Ges. Strafrechtswissenschaft VIII S. 151). Hierin nun liegt allerdings eine Schwierigkeit, nicht aber eine, wie Oppenheim betont, unüberwindliche und wodurch „die Liszsche Lehre als durchaus unhaltbar" erscheint (a. a. O. S. 32). Liszt stellt eben von vornherein als gemeinsames Merkmal aller Verbrechen das Vorhandensein von zwei Objekten auf: Ein abstraktes, das Verbrechen als Rechtsverletzung demonstrierend: das verletzte, rechtlich geschützte Interesse und eins, von dem er verlangt, daß es durch das Verbrechen als Handlung sinnfällig antastbar sei. Nun erscheint uns gegen Oppenheim, daß Liszts Theorie mit einer geringen Modifikation das erwünschte Resultat zeigt: Ein Verbrechen ist nach Liszt eine vom Staate mit Strafe bedrohte, schuldhafte rechtswidrige Handlung. Bleiben wir bei dem Moment der staatlichen Drohung aus dieser wohl allgemein anerkannten Definition stehen. Auf welchem Wege „verkörpert sich" diese staatliche Drohung gegen das Unrecht „sinnbildlich"? Wir meinen in der auf verfassungsmäßigem Wege entstandenen und fixierten Norm. Nun ist zwar durch die Mehrzahl und in der Mehrzahl der Normen dasjenige genannt, was als eine sinnfällige Verkörperung der meisten rechtlich geschützten Interessen zu betrachten ist; allein es existiert eine große Anzahl von Normen, denen die sinnfällige Verkörperung des rechtlich geschützten Interesses des betreffenden Rechtsguts nicht innewohnt und doch, meinen wir, kann man auch angesichts dieser Normen nicht von objektlosen Verbrechen wie Oppenheim (a. a. O.) und andere dies tun, sprechen[10b]). Wir meinen vielmehr, daß man angesichts derartiger Strafgesetze die Norm selbst, welcher zuwidergehandelt wird, als Angriffsobjekt aufzufassen berechtigt ist und zwar als sinnfällig verkörpert! Aber wohl gemerkt, nur angesichts derartiger Strafgesetze, die insoweit also von denen mit i. allg. Sinne sinnfällig verkörperten Rechtsgütern abzusondern sind. Wird nun eine derartige Norm durch eine verbrecherische Handlung angetastet, so kann von sinnfälliger Verkörperung des rechtlich geschützten Interesses deshalb gesprochen werden, weil die Rechtsgenossen jederzeit die frühere Lage der tangierten Norm mit der jetzigen zu vergleichen und die Verschiebung zu konstatieren imstande sind, welche langsam durch das Reagens der normgemäßen Strafrechtspflege wieder in die alte Gleichgewichtslage gebracht wird. So erscheinen als Verbrechensobjekte u. E. also einmal die rechtlich geschützten Interessen und ferner die in der oder durch die Norm zur sinnfälligen Verkörperung gelangenden Angriffspunkte.

Setzen wir in die so gewonnenen Ergebnisse die Daten des Mischtatbestands unseres § 346 ein, so ergibt sich: für alle Tatbestände des

10b) Das Interesse besteht in einer bestimmt gearteten Beziehung des Subjekts zum Objekt des Interesses (v. Liszt a. a. O. S. 151) nämlich in dem Wert, den der Eintritt oder Nichteintritt einer bestimmten Veränderung für den Betreffenden hat.

Paragraphen ist rechtlich geschützt das Interesse des Staats (als des Organs der Rechtsgesellschaft) an der normgemäßen Amtsführung. Im übrigen gilt für die beiden Unterlassungen: der Verfolgung einer strafbaren Handlung und der Nichtbetreibung der Vollstreckung einer ausgesprochenen Strafe sowie für den Fall der Begehung einer Handlung, welche geeignet ist, eine Freisprechung oder eine dem Gesetze nicht entsprechende Bestrafung zu bewirken, als materieller Angriffspunkt in dem beregten Sinne die Norm selbst, während für den Fall der Vollstreckung einer gelinderen als der erkannten Strafe aus dem Zusammenhange der Norm die Person desjenigen, gegen den vollstreckt wird, als Objekt erkennbar wird. Sie also ist der Angriffspunkt in dem oben S. 19 dargelegten Sinne.

Das Rechtsgut, das rechtlich geschützte Interesse im § 346 ist also, wie wir betonten, das staatliche Interesse an normgemäßer Amtsführung im Strafverfahren. Der § 346 bedroht demnach, wie wir schon oben S. 16 ff darzutun versuchten, ein Delikt gegen die staatliche Rechtspflege. Untersuchen wir insbesondere, in welchen Bahnen sich unser Verbrechen gegen die Rechtspflege bewegt, welche Spezialstellung dieser gegenüber der Paragraph einnimmt und welcher Formulierung sich das Gesetzbuch bedient hat.

§ 3.

I. § 346 gegen vorsätzliche Strafvereitelung.

„Urteilsverhinderung" — „Urteilsbeugung".

Wir kennzeichneten schon oben die Stellung unseres Verbrechens als ein Delinquieren gegen die staatliche Rechtspflege. Präzisieren wir nunmehr die engere Tendenz des § 346, so hoffen wir nicht fehlzugehen, wenn wir das deliktische Moment als Rechtsbeugung bezeichnen. Systematisches soll hier nicht nochmals angeregt werden, wenn wir an dieser Stelle den Inhalt unseres Paragraphen als Rechtsbeugungsverbrechen bezeichnen. Es erscheint uns dies hier lediglich als ein Gerechtwerden dem Wortinhalt des „Rechtsbeugen". Wenn Binding von der Rechtsbeugung als nur dem Richter möglich die „Urteilsbeugung" abspaltet, so ist dies u. E. eben eine Einschränkung des Gebiets jenes Delikts, die sich mit der Fülle der unter „Beugung des Rechts" zu fassenden Strafhandlungen nicht verträgt. Auch das, was Binding mit der so treffenden Bezeichnung „Urteilsbeugung" belegt hat, ist Rechtsbeugung, welche, wenn Konsequenz gelten soll, ebenso Bindings „begünstigende Prozeßverbrechen" mit zu umfassen hat. Binding spricht ferner im § 232 (Lehrbuch S. 574) davon, daß sich die begünstigenden Prozeßverbrechen vollziehen „durch Abfall des Anklägers von seiner Rolle, durch Beweisverbrechen aller Art, durch Rechtsbeugung und durch Urteilsbeugung zugunsten des Verurteilten".

Nun ist abgesehen davon, daß die von Binding beregten Einzelhandlungen ausnahmslos u. E. Rechtsbeugungen enthalten, wohl angesichts des § 346 ein besonderer Wert nicht auf die scharfe Erfassung jener Einzelhandlungen zu legen, sondern auf die Kennzeichnung dessen, was verbrecherische Beamte durch jene Einzelhandlungen erreichen oder doch zu erreichen gedenken: Verstehen wir nach Bindings Vorgang (vergl. auch unten) unter den Beamten unseres Paragraphen lediglich die staatsanwaltschaftlichen und die der Staatsanwaltschaft angegliederten Organe, so glauben wir die Mischtatbestände des Paragraphen in zwei Gruppen spalten zu dürfen, welche wir als die der Urteilsverhinderung" und der „Urteilsbeugung" durch staatsanwaltschaftliche Beamte i. w. S. bezeichnen wollen.

Der Gesetzgeber hat die vier zur Erfüllung des Verbrechens führenden Handlungen in die Alternative gestellt und den Anschein erweckt, als handle es sich um ein einheitliches Delikt. Indessen vereinigt § 346 vier selbständige Tatbestände in sich. Wenn auch in einer Reihe von besonders qualifizierten Fällen die verpönten Handlungen durch ein und dieselbe Person als Subjekt begangen werden könnten, so bestimmt sich doch prinzipiell für jede der Handlungen der taugliche Täter besonders und zwar, wie Binding bezeichnend hervorhebt, „genau danach, welche Beamte zu jenen Handlungen sachlich zuständig sind". Die zweite in sich selbst nach den erreichbaren Verbrechenserfolgen geteilte Alternative bildet also ebenfalls einen selbständigen und einheitlichen Deliktstatbestand, was nicht hindert, daß der Täter hinsichtlich des einen Delikts freigesprochen und mit Bezug auf das andere verurteilt wird[11]).

a) Im übrigen lassen die vier zur Erfüllung des Tatbestands führenden Handlungsweisen die Scheidung im Sinne der oben umschriebenen Gliederung als gegeben erscheinen. Betrachten wir die Alternativen im einzelnen.

aa) Es liegt eine vom Strafgesetz mit Strafe bedrohte Handlung innerhalb des Amtskreises eines staatlichen Verfolgungsorganes vor. Das Gesetz ist verletzt, indessen: ohne eine eintretende Verfolgung der Straftat bleibt diese Gesetzesverletzung, mag sie noch so schwer sein, für die Allgemeinheit zunächst ohne sichtbare Verkörperung; ohne das Reagens des Strafprozesses ist die Strafdrohung der Strafgesetze leerer Schall, bleibt der entstandene Strafanspruch des Staates unbefriedigt; erst die Aufspürung des Verbrechens, die Recherche nach dem Täter und dessen Verhaftung führen zu dem wichtigsten und Schlußglied in der Kette der auf die Straftat folgenden Gegenwirkungen, zu dem Erkenntnis des Strafgerichts und zur Realisierung des staatlichen Strafwillens. Jedoch: schon die kleinste Unbedachtsamkeit oder Nachlässigkeit des die Straftat Verfolgenden sichert häufig dem Delinquenten einen nicht mehr auszugleichenden Vorsprung, einen Ausweg aus dem mit vieler Mühe um den Uebeltäter gestellten Netz. Gegen derartige Fahrlässigkeiten des Verfolgungsorgans kriminelle Strafnormen zu setzen, wäre widersinnig hart, auch wenn sie das in letzter Linie erstrebte Straferkenntnis in Frage stellen oder gänzlich verhindern. Anders wenn dieses Ziel der Strafverfolgung aus dem Grunde nicht erreicht wird, weil der Verfolgungsbeamte die Verfolgung einer strafbaren Handlung unterläßt in der Absicht, einen Straftäter der gesetzlichen Strafe zu entziehen. Derartige Verhinderung der Erreichung eines Straferkenntnisses gegen den Delinquenten ist naturgemäß peinlich zu strafen.

Unter Verfolgung nun ist hier zu verstehen „jedes Einschreiten einer Behörde zu dem Zwecke, die Bestrafung der begangenen Handlung herbeizuführen". (Meves a. a. O. S. 982).

---

[11]) cf. Wertheimer, Mischgesetze des dtsch. St. G. B., Breslau 1903, S. 66, 67, Binding a. a. O., S. 574.

Was nun die Ausführung der Urteilsverhinderung durch das Unterlassen der Verfolgung betrifft, so ist zunächst gegen Berner (Lehrbuch S. 676) und Meves (a. a. O. S. 983) zu bemerken, daß ihre Lehre hinsichtlich der rechtlichen Behandlung der Nichtanzeige eines zur Anzeige begangener strafbarer Handlungen verpflichteten Beamten u. E. dem Sinne und der Absicht der Norm zuwiderläuft. Berner sagt a. a. O.: „Bei Beamten, die zur Anzeige begangener straftbarer Handlungen verpflichtet sind, fällt die Nichtanzeige nicht unter die unterlassene Verfolgung. Denn die Anzeige macht zwar die Verfolgung möglich, gibt aber noch nicht einmal, wie der Antrag auf Verfolgung den Anstoß zur Verfolgung. Bildet aber selbst der Antrag noch nicht einen Teil der Verfolgung, so noch weniger die bloße Anzeige. Die unterlassene Anzeige ist also nicht unterlassene Verfolgung, von welcher § 346 spricht . . . . ; sie kann in Ermangelung eines Strafgesetzes nur disziplinarisch geahndet werden". (Aehnlich Meves S. 982, 83). Wir glauben, daß Berners Auffassung entspringt aus einer zu engen Begrenzung der Handlungen, die unter dem Gesamtbegriff „Verfolgung" fallen sollten.

§ 161 der St. P. O. bestimmt, daß auch die Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes strafbare Handlungen zu erforschen haben. Die Genannten sind also insoweit Unterglieder der Staatsanwaltschaft und daher ebenso wie diese dem Legalitätsprinzip unterworfen (vergl. auch § 159 St. P. O.) Fassen wir nun die Staatsanwaltschaft als die „eigentliche" Verfolgungsbehörde in Strafsachen auf, so ist ersichtlich, daß die Anzeige jener „statio" der Staatsanwaltschaft, von welcher der zweite Absatz des § 161 St. P. O. handelt, als Anstoß zu dem Verfolgungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft selbst zu betrachten ist. Ferner aber zeigt u. E. § 157 I. St. P. O. schon von einem natürlich betrachtenden Standpunkt aus, daß – gegen Berner — die Anzeige weit häufiger als der Antrag auf Verfolgung Anstoß zu dieser geben wird. Denn der polizeilichen Anzeige aus Anlässen der im § 157 St. P. O. genannten Art z. B. dürfte zunächst eine so weit reichende Erforschung zureichender, tatsächlicher Anhaltspunkte vorausgehen — und die Staatsanwaltschaft wird sich zur Eruierung des Tatbestands nach § 159 in jedem Falle der dort bezeichneten polizeilichen etc. Organe bedienen — daß die erfolgte Anzeige bei der Staatsanwaltschaft deren Einschreiten ohne weiteres zur Folge haben dürfte.

Denken wir nun noch an die immerhin nicht seltenen Fälle der Ergreifung von Tätern in flagranti, wo also von einer „gebotenen, dienstlichen Spurfolge" nicht die Rede sein kann, so macht hier die Anzeige des Polizeibeamten oder des Sicherheitsdienstesbeamten nicht nur die Verfolgung möglich, sondern sie ist u. E. der Anstoß zur Verfolgung auf Grund der Weitergabe der Anzeige an die eigentlichen Strafverfolgungsbehörden. An die eigentlichen: Berner zieht eben u. E., wie schon betont, die Grenze der Verfolgungshandlungen zu eng: Observierungen vor der Anzeige, die Anzeige selbst, der Antrag auf Verfolgung, sie alle sind Glieder in der langen Kette von Verfolgungshandlungen, deren

letztes und Hauptglied die Findung des Erkenntnisses vor dem Strafrichter ist. „Die Worte „Strafgewalt" und „Verfolgung einer strafbaren Handlung" beziehen sich auf die Strafgewalt des Staates im allgemeinen und erstrecken sich auch auf diejenige Tätigkeit der Polizeibehörden (und Staatsanwälte), welche der Eröffnung einer gerichtlichen Voruntersuchung vorgehen. Es muß genügen, wenn der Beamte in betreff der Verfolgung eines Verbrechens irgend eine in den Kreis seines Amtsberufs fallende Tätigkeit zu entwickeln hatte"[12]).

Olshausen bezeichnet eine polizeiliche Anzeige überhaupt als den ersten Anstoß zu einem strafgerichtlichen Verfahren[13]) [14]). Am deutlichsten richtet sich dem Sinne nach gegen Berner Frank § 346, Note III., 1. „unabweisbar ist die Konsequenz, daß jeder Polizeibeamte, jeder Flurschütze bestraft werden muß, wenn er es unterläßt, eine begangene, vielleicht nur landesrechtlich strafbare Uebertretung zur Anzeige zu bringen". Hier wird grundsätzlich ausgesprochen, daß Unterlassung polizeilicher Anzeige strafbare Unterlassung der Verfolgung im Sinne des § 346 ist. Die Verfolgung ist also in allen Fällen des Vorliegens strafbarer Handlungen geboten, in der Zuwiderhandlung wird eine echte Unterlassung gestraft. Kann diese Unterlassung auch durch eine positive Handlung schuldhaft verursacht werden? Dies dürfte kaum zu bestreiten sein: Versetzt sich z. B. ein Strafverfolgungsbeamter, dem eine bestimmte Verfolgungshandlung aufgetragen ist, an dem Tage, an welchem sie auftragsgemäß vorgenommen werden sollte und an dem sich die Verfolgungsverjährung vollendet, in einen Zustand von Trunkenheit, der die ihm aufgetragene, die Verjährung in letzter Stunde unterbrechende Verfolgungshandlung unmöglich macht, so ist die strafbare Unterlassung durch Handlung schuldhaft verursacht. (Olshausen § 1, Note 3b.)

Zu bemerken ist hier, daß auf die Strafbarkeit derartiger Unterlassungen eine etwa infolge der Unterlassung eintretende Unmöglichkeit der Verfolgung (Verjährung!) der so begünstigten Straftat ohne Einfluß ist. Denn als der Verfolgungsbeamte den Auftrag zur Vornahme der Verfolgungshandlung erhielt, war ein Strafanspruch vorhanden und dies muß nach der ratio legis für die Verfolgbarkeit der gedachten Art von Begünstigungshandlungen ausreichen.

Im Hinblick auf die Begünstigung durch Verfolgungsunterlassung dürfte schließlich die Einflußnahme auf Antragsdelikte zu erörtern sein. Hier ist zu betonen, daß die Hintertreibung einer Antragstellung in keinem Falle als Begünstigung bestraft werden kann, da der Antrag (zwar nicht Bedingung der Strafbarkeit eines Delikts, wohl aber) Voraussetzung für den den Strafanspruch realisierenden Strafprozeß ist. Unter Strafe gestellt sind in den ersten Alternativen des § 346 jedoch nur Unter-

[12]) cf. v. Kübel, württemberg. Gerichtsblatt 1875, Band 8, S. 63.

[13]) § 346, Note 2a.

[14]) Aehnlich Oppenhoff.

lassungen resp. Handlungen, die sich gegen ein bereits in der Durchführung begriffenes Strafverfahren wenden, also gegen die rechtmäßige Durchführung eines entweder von amtswegen eingeleiteten Verfahrens oder eines solchen, welches auf Grund eines gesetzmäßig gestellten Antrags in der Durchführung begriffen ist.

Anders ist die Frage zu behandeln, wenn der Antragsberechtigte nach Stellung des Antrags d. h. also nach Kundgabe seines Willens auf Verfolgung von dem kompetenten Verfolgungsbeamten wider seinen wahren Willen zur Rücknahme des Antrags — insoweit diese überhaupt zulässig ist — genötigt (technisch) wird. Hier dürfte ebenso wie im Falle einer Nötigung des Antragsberechtigten zur Nichtstellung des Antrags Begünstigung des „Vortäters" anzunehmen sein[14a]).

Zur Erfüllung des Tatbestandes der Begünstigung durch Verfolgungsunterlassung dienen im übrigen so zahlreiche Arten des Verhaltens der Verfolgungsorgane einer Straftat gegenüber, als, wir möchten sagen amtliche Verfolgungsmöglichkeiten überhaupt vorhanden sind. Die Möglichkeiten strafbarer Unterlassungen durch Beamte des Polizei- und Sicherheitsdienstes sind durch die Zahl der mit krimineller[14b]) Strafe bedrohten, bloßen Uebertretungen allein schon überaus weit und erscheinen angesichts des Erlasses zahlreicher Spezialgesetze und Verordnungen auf dem Gebiete der Polizei und sozialen Gesetzgebung nahezu unbegrenzt. Nun sind, wie schon bemerkt, alle Beamten der Polizei und des Sicherheitsdienstes durch die Bestimmungen des § 161 St. P. O. verpflichtet, jede auch noch so geringfügige Uebertretung — sollte ihre Verfolgung nicht ausdrücklich von der Stellung eines Strafantrags abhängig gemacht sein, von amtswegen zu erforschen und der Staatsanwaltschaft anzuzeigen[14c]). Die Aussicht auf eine aus diesen Gründen kaum zu bewältigende Geschäftsfülle nötigt daher die Verfolgungsorgane zu einer allerdings gesetzwidrigen aber dennoch nicht allzu selten platzgreifenden[14d]) Einführung von Opportunitätsrücksichten bei der Verfolgung derartiger Normwidrigkeiten, die häufig lediglich Bagatellen darstellen. Eine unter diesen Umständen stattfindende Begünstigung dürfte nicht von zu großer Tragweite mit Bezug auf die Verletzung der staatlichen Rechtspflege sein. Wir werden unten auf diesen Gesichtspunkt zurückkommen.

Weit einschneidendere Möglichkeiten der Begünstigung aber (i. u. S.) bietet das staatsanwaltschaftliche Ermittelungsverfahren gegenüber Verbrechen und Vergehen und, wenn wir so sagen dürfen „wichtigen Uebertretungen" den Beamten der Staatsanwaltschaft. Abgesehen von rechtsbeugenden Zuwiderhandlungen gegen die strikten Vorschriften der P. O. ist hier die tatsächliche Ermittlung eigentlich in jedem Augenblick in ihrer

14a) Gl. M. für die gemeine Begünstigung. Frank § 257 V 1 c.

14b) nach geltd. Recht ist die polizeiliche Strafe von der kriminellen Strafe nicht verschieden. So v. Liszt 14., 15. Aufl., § 58 IV.

14c) cf. Entsch. R. G. Bd. 12, S. 161, Bd. 28, S. 384.

14d) cf. Prot. d. Kommiss. f. d. Ref. d. Strafproz. S. 38.

rechtsmäßigen Durchführung bedroht, in jedem Augenblick von der Gewissenhaftigkeit des betreibenden Beamten abhängig. Aussicht auf eine Unterstützung der Beförderung im Dienst durch den in entsprechender Stellung befindlichen Delinquenten treibt vielleicht zu gänzlicher Unterlassung eines Ermittelungsverfahrens, Aussicht auf hohes Schweigegeld veranlaßt den Täter, die anzustellenden Nachforschungen so zu dirigieren, daß ein für den Uebeltäter günstiger Verlauf der Verfolgung als unzweifelhaft erscheint. (In solchen Fällen wäre überdies die ideale Konkurrenz mit dem § 332 St. G. B. zu berücksichtigen). Weniger häufig wird wohl das Delikt der unterlassenen Klageerhebung praktisch, da nur eine ganz besondere Konstellation von Umständen hier den für die Klageerhebung verantwortlichen Beamten unkontrolliert lassen dürfte. Hinsichtlich einer der Absicht des Gesetzbuchs zuwider in zu mildem Rahmen erhobenen Anklage dürfte, der Freiheit des richterlichen Ermessens wegen, nur die Möglichkeit eines Versuchs unseres Delikts in Betracht zu ziehen sein. (Darüber cf. unten § 5, III a.)

bb) Wenn nun auch die Möglichkeit, in der dargelegten Weise und speziell durch der Amtspflicht zuwiderlaufende Unterlassungen in Begünstigungsabsicht das Zustandekommen eines Straferkenntnisses gegen den Delinquenten zu verhindern nicht gering ist und die Gefahren für die Rechtspflege wegen der nicht stets und ständig möglichen Ueberwachung der Einzelnen nicht zu unterschätzen sind — hat doch der Gesetzgeber den Strafrahmen wie die Dauer der ev. zu verhängenden Freiheitsstrafe wohl auch in Erwägung dieser Gründe auf ein so hohes Maß gestellt — so liegt die größere Gefahr u. E. in dem „aggressiven" Eingreifen in den Lauf der Dinge, in dem Handeln in geeigneter Weise, um dem begünstigten Straftäter eine möglichst gelinde Strafe[15]), wenn nicht gar den Freispruch zu erwirken.

Vergleicht man das Wesen der ersten vier Alternativen mit dem der zweiten, so erscheint die Gefahr bei Erfüllung der zweiten schon insofern um so größer, als, wenn dem Täter der zweiten Handlung sein Plan gelingt, der Schaden, den die Rechtspflege erleidet, nicht selten irreparabel ist, während die strafbaren Unterlassungen der ersten Alternative, wenigstens in der Regel, meist ihrer verpönten Wirkung noch entkleidet werden können. Wird durch Handlungen der bedrohten Art ein Freispruch erreicht, so wird dem oft gröbsten Unrecht der Stempel des Rechts aufgedrückt. Denn es gilt das in solchem Fall für Recht erkannte als Feststellung der gefundenen materiellen Wahrheit; der Uebeltäter kann als Ehrenmann sein sauberes Gewerbe unter den Rechtsgenossen weiter betreiben, die bei Kenntnis der Sachlage den dringenden Wunsch nach seiner Aussonderung aus der Rechtsgesellschaft hegen würden.

[15]) Entsprechend der ratio legis so Hälschner Lehrbuch II, S. 1082.

Köhler. Vergleichende Darstellung des dtsch. u. ausl. Strafr. Bd. IX, S. 450. Meves S. 983.

Nun wird die Behinderung jenes rechten Erkennens der materiellen Wahrheit, an der der Uebeltäter selbst das größte Interesse hat und die er selbst nach Kräften zu fördern sucht, am ehesten dem vom § 346 bedrohten Kreise von Tätern, den strafverfolgenden Beamten möglich sein. Ausnutzung besserer Kenntnis der einschlägigen Verhältnisse, indiskrete Verwendung diskret zu behandelnder Dinge und vor allem Ausnutzung der speziellen Zuständigkeit dem Delinquenten gegenüber sind gefährliche Waffen in den Händen treuloser Beamten.

Lassen wir den richterlichen Beamten, wie wir dies oben zu rechtfertigen versuchten, auch für diesen zweiten Tatbestand unseres Paragraphen außer betracht, so bleibt für den dann möglichen Täterkreis – wir werden von den tauglichen Tätern unseres Paragraphen unten näher zu handeln haben — noch eine große Reihe von Handlungen, durch die die Begünstigungsabsicht verwirklicht werden kann. Binding (S. 574 a. a. O.) hat sie als „Beweisverbrechen" und „Rechtsbeugung" generalisiert und es dürften in diesen Begriffen in der Tat alle Handlungen zusammengefaßt sein, die zur Erfüllung des Tatbestandes geeignet sind. Jedoch ist auch hier konform mit dem oben Gesagten zu betonen, daß die Beweisverbrechen unter den Obergriff der Rechtsbeugung i. w. S. zu stellen sind und nur eine charakteristische Sondergruppe der Rechtsbeugungsdelikte bilden. Die Beweisverbrechen ganz besonders bringen der Feststellung der Wahrheit Gefahr und stellen die Gerechtigkeit und Richtigkeit der Erkenntnisse in Frage. Nun ist zwar nicht jede auch in ausgesprochener Begünstigungsabsicht vorgenommene Handlung zur Erfüllung des Tatbestands geeignet. Es muß aber eine Handlung, welche objektiv betrachtet die Möglichkeit zeigt, den verpönten Einfluß auf das Strafurteil auszuüben, also eine dem Gesetz nicht entsprechende, zu milde Strafe herbeizuführen, der Strafe des § 346 unterfallen. Umstände, die etwa in Zufällen oder anderen außerhalb des Willens des Täters liegenden Ereignissen ihren Ursprung haben[16]) und die Folgen der Straftat hindern oder zu hindern geeignet sind, dürfen dem Täter nicht als strafaufhebend zu gute kommen. Straffrei dürften indessen diejenigen Handlungen sein, die den sog. absolut untauglichen Versuch verkörpern[17]). Zu bemerken ist dabei schon hier, daß, wie wir unten anläßlich der Besprechung des Versuchs von Delikten aus § 346 im einzelnen sehen werden, objektive Gefährlichkeit der Tat genügt, um unser Begünstigungsdelikt zu vollenden und damit den vollen Strafanspruch zur Entstehung zu bringen.

Was nun die Beweisverbrechen betrifft, so ist hier wie bei der ersten Alternative ein durch Aufzählung kaum zu schließender Kreis von Möglichkeiten vorhanden. Hinzu kommt, daß u. E. eine Reihe von Handlungen ebensowohl der Alternative 1 als der zweiten angehören kann, daß diese Handlungen zuweilen auf der Grenze der Erfüllung der beiden

---

16) Olshausen § 346 n. 2b, Binding S. 577, 576. Meves S. 983.

17) Hierauf werden wir unten bei der Lehre vom Versuch näher einzugehen haben

ersten Mischtatbestände liegen und so sowohl für den ersten als für den zweiten Fall die Erfüllungsmöglichkeiten sich mehren. So ist z. B. im Hinblick auf den oben bezeichneten Inhalt der Verfolgung die Beseitigung eines instrumentum sceleris sowohl Beweisverbrechen, also zur Erfüllung des zweiten Tatbestands geeignet, als auch eine u. E. der Verfolgungsunterlassung sich zuneigende Handlung. So ist der Eingriff in die Beweisaufnahme dadurch, daß amtliche Anweisung zu ihrer Einstellung ergeht, nicht nur strafbares Unterlassen der Verfolgung (Binding S. 575, Hälschner S. 1082, Meves S. 983) sondern auch Begehung einer Handlung, die zur verpönten Erreichung eines in einem späteren Verfahren daraufhin erfolgenden, ungerechtfertigten Freispruchs geeignet ist. Als Beweisverbrechen charakterisiert sich demnächst auch die Beeinflussung von Zeugen und Sachverständigen in der Richtung auf bestimmte, dem Angeschuldigten oder Angeklagten nach Ansicht des Beeinflussenden (und zwar nach der zu billigenden Ansicht) günstige Aussagen. (Erfolgt eine Aussage unter dem Zeugen- resp. Sachverständigeneid, so dürfte das Begünstigungsverbrechen in Idealkonkurrenz zu einer Anstiftung zum Meineide treten, dies also bei der Strafanwendung wegen der Absorption der leichteren durch die schwerere Strafe zu berücksichtigen sein.) Hierher gehört aber auch der Verstoß gegen die Vorschrift des § 158 II St. P. O. durch Uebergehung von glaubwürdigen Belastungszeugen, und durch absichtliche Vernachlässigung der Sicherung von Beweismitteln, deren Verlust aus irgend welchen Gründen zu besorgen steht.

In Betracht kommt letzteren Falles z. B. die zur Beerdigung eines unter verdächtigen Umständen Gestorbenen oder gefundenen Toten erteilte Genehmigung, evtl. die persönliche Wegnahme eines Leichenteils aus dem Gewahrsam des Gerichtschemikers etc. durch den Staatsanwalt, der den den Beschuldigten belastenden Ausgang der Untersuchung des Leichenteils durch den Chemiker voraussieht. Hierher gehört ferner die Unterschlagung solcher, den Beschuldigten kompromittierender Urkunden (nicht nur Korrespondenzen und die Urkunden des zivilrechtlichen Lebens, sondern z. B. auch Baupläne, Risse, technische Photographien etc. und Urkunden im weitesten S. wie Banknoten und Münzen) durch den staatsanwaltschaftlichen Beamten, die anläßlich der Verfolgung bei einer angestellten Haussuchung in behördlichen Gewahrsam gefallen sind. Dagegen können die von Binding (S. 577) als taugliche Begehungshandlungen bezeichneten Schlußanträge des Staatsanwalts in der Hauptverhandlung u. E. schon aus dem Grunde nicht als solche angesehen werden, weil sie der frei zu gewinnenden richterlichen Ueberzeugung keine Bahnen weisen, ja von den Richtern als nicht existent behandelt werden können[19]). Schließlich dürfte auch, da das Gericht sich auf Grund der Beweisaufnahme seine Ueberzeugung von Schuld oder Nichtschuld des Angeklagten verschafft, ein gelegentlich der Schlußanträge durch die Staatsanwaltschaft erstattetes Sachreferat, welches zu Gunsten des Angeklagten entstellt ist, nicht als

[19]) So besonders Köhler vergl. Darst. S. 451.

taugliches Begehungsmittel bezeichnet werden können[19a]). Zu erwähnen wäre noch, daß das Gesetz sich seiner Tendenz nach auch gegen eine durch die verpönten Handlungen erreichte Verfahrenseinstellung wendet. Ueber die Notwendigkeit der Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung werden wir unten zu handeln haben. Erkennen wir sie an, so dürfte schließlich unter die oben behandelte Unterlassung der Verfolgung auch die in Begünstigungsabsicht geschehene Unterlassung der Beschlagnahme solcher Korrespondenz zu zählen sein, durch welche (wie dem Begünstiger bekannt) der der Tat hinreichend Verdächtige seine Flucht vorbereitet oder durchführt. Es kann hier zwar nicht von Begünstigung durch Herbeiführung einer dem Gesetz nicht entsprechenden Bestrafung gesprochen werden; indessen steht dem Willen des Gesetzgebers im Hinblick auf unsere Norm entgegen auch die Straflosigkeit, welche erreicht wird mangels Gewalt über den Delinquenten, mangels Vollstreckbarkeit eines Urteils gegen den Abwesenden.

Es ist mit der Aufstellung dieser kurzen Uebersicht der Möglichkeiten, durch Begünstigungshandlungen ein dem Gesetz entsprechendes Straferkenntnis zu verhindern, selbstverständlich nicht der Versuch gemacht worden, die Tatbestände zu erschöpfen, da allzu zahlreiche Wege zu dem bezielten Erfolge führen. Delikte der Art gehören auch in einem mit wohlgeordnetem und beaufsichtigtem Verwaltungsapparat ausgestatteten Staatswesen nicht zu den Seltenheiten und die Motive der betreffenden Täter entstehen nicht selten auf dem Boden der Moral, wenngleich die Tat dem Recht widerstrebt.

b) Ihrer Wesensart nach nur wenig verschieden von diesen urteilsverhindernden Delikten sind die auf Urteilsbeugung gerichteten, in den beiden folgenden Alternativen des § 346 normierten Strafhandlungen. Während die ersteren Alternativen sich gegen die Erreichung eines tatgemäßen Urteils richten, suchen die letzteren die urteilsgemäße Vollstreckung d. h. die Urteilswirkung zu verhindern. Während die ersteren der Feststellung des staatlichen Strafanspruchs entgegenarbeiten, suchen die letzteren seine Realisierung zu vereiteln. Hier wie dort zeigen sich die deliktischen Handlungen in einem gänzlichen Unterlassen der Befolgung der amtlichen Vorschrift oder aber in einem durch den Täter willkürlich eingeschränkten Befolgen derselben. Es wird die Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe überhaupt nicht betrieben oder eine gelindere als die erkannte Strafe zur Vollstreckung gebracht.

aa) Betrachten wir die Urteilsbeugung (siehe oben) durch Nichtbetreiben der Vollstreckung einer ausgesprochenen Strafe, so ist zunächst festzustellen, wodurch dem Vollstreckungsverfahren die Richtung gegeben wird. Die Antwort liegt in dem von Binding für die hier zu behandelnden Delikte geprägten Terminus „Urteilsbeugung". Oberste Richtschnur ist das gewonnene richterliche Erkenntnis, und nach seinem Inhalt hat sich jeder der für die Vollstreckung in Betracht kommenden Beamten zu richten.

19a) a. M. wohl Köhler a. a. O.

Selbst wenn ihnen das Urteil als solches aus sachlichen oder rechtlichen Erwägungen der Korrektur bedürftig erscheinen sollte[20]). Dies aus verschiedenen Gründen: Einmal ist nach St. P. O. § 481 Voraussetzung der Vollstreckung eines strafgerichtlichen Erkenntnisses sein Gedeihen in Rechtskraft und nur auf Grund von mit der Vollstreckbarkeitsklausel versehenen Erkenntnissen darf die Staatsanwaltschaft die Vollstreckung betreiben. Haben die zur Einlegung von Rechtsmitteln Befugten aber die gesetzten Fristen unbenutzt verstreichen lassen — und die zulässigen Rechtsmittel stehen außer dem Beschuldigten gerade auch der Staatsanwaltschaft zu Gunsten des Beschuldigten zu — so haben sie sich mit dem gefundenen Erkenntnis einverstanden erklärt und die Verpflichtung zur urteilsgemäßen Vollstreckung ist übernommen. Andererseits: Wenn Binding a. a. O. weiter meint, das beispielsweise in den von ihm bezeichneten Fällen[20a]) eine Nichtvollstreckung sich rechtfertigen ließe, so steht dies u. E. aus dem Grunde im Widerspruch mit den Bestimmungen des § 346, weil hier nach der Prozeßordnung eine Vollstreckung stattzufinden hat. Es bestimmt § 490 St. P. O. ausdrücklich: In Fällen, wo über die Auslegung eines Strafurteils oder über die Berechnung der erkannten Strafe Zweifel entstehen, oder wenn Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung erhoben werden ist die Entscheidung des Gerichts von amtswegen durch die Staatsanwaltschaft herbeizuführen, der Fortgang der Vollstreckung wird indessen dadurch nicht gehemmt und nur das Gericht kann einen Aufschub oder eine Unterbrechung der Vollstreckung anordnen. — Die Vollstreckung der verhängten Strafe ist also bis zum Erlaß der Entscheidung des Gerichts gem. § 490 III. St. P. O. weiter durchzuführen, Nichtvollstreckung ist gem. § 346 St. G. B., wenn ein Aufschub oder eine Unterbrechung der Vollstreckung durch das Gericht nicht angeordnet worden ist, strafbar.

Die Strafvollstreckung erfolgt nach § 483 St. P. O. durch die Staatsanwaltschaft auf Grund einer von dem Gerichtsschreiber zu erteilenden, mit der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit versehenen, beglaubigten Abschrift der Urteilsformel. Fassen wir das „Nichtbetreiben" in dem auch dem dritten Tatbestand zukommenden weiten Sinn, so dürfte eine Begünstigung durch Vollstreckungsunterlassung bereits zu finden sein in dem Hand in Hand gehen von Staatsanwaltschaft und Gerichtsschreiberei hinsichtlich der Nichtausfertigung der Abschrift gemäß § 483 (s. Binding, S. 570, 578); sodann in der Ueberreichung falscher Strafenauszüge aus den betreffenden Urteilen durch die Gerichtsschreiber an die Staatsanwaltschaft. Ferner aber in vorschriftswidriger Verzögerung des Vollstreckungsbeginns bis zur Vollstreckungsverjährung, in Vorschubleistung zur Erreichung von Vollstreckungsaufschub gemäß § 488 St. P. O. bei Kenntnis der in Vorbereitung stehenden Flucht des Verurteilten, in Nichtkontrolle als gefälscht oder betrügerisch ausgestellt erkannter ärztlicher Atteste mit Bezug auf § 487 St. P. O. durch die Staatsanwaltschaft. In Nichtkontrolle

[20]) a. M. Binding S. 569 Note 4.

[20a]) ein Urteil lautet auf gesetzlich unmögliche Strafe, eine polizeiliche Strafverfügung auf ein Jahr Gefängnis, ein Exterritorialer ist verurteilt.

endlich der richtigen und vollständigen Durchführung der Strafverbüßung seitens der Strafanstaltsverwaltung durch die Staatsanwaltschaft (Entsch. R. G. Bd. 30, S. 135 ff.). Es kommen ferner in Betracht die durch mangelnde Kontrolle seitens der Staatsanwaltschaft ermöglichten Pflichtwidrigkeiten der mit der Führung von Termins- und Fristenkalendern hinsichtlich der Strafverbüßung betrauten Bürobeamten mit Bezug auf die unterlassene Führung dieser Listen. (Entsch. R. G. Bd. 5, S. 332 ff.)

Weiterhin aber erfüllen unseren Tatbestand eine Reihe von Handlungen der eigentlichen Exekutionsbeamten; solcher, die den Delinquenten dem „persönlichen Vollstrecker" zuzuführen haben und solcher der in Unabhängigkeit von der Staatsanwaltschaft tätigen Strafanstaltsbeamten selber. Es erfüllt den Tatbestand der Polizeibeamte, der mit der Ausführung der staatsanwaltschaftlichen Anweisungen in Gemäßheit des § 489 St. P. O. betraut den Befehl unausgeführt läßt oder den zum Strafantritt Verhafteten vorsätzlich entweichen läßt. Letzterenfalls läge u. E. ideale Konkurrenz mit § 347 vor. Es dürfte wohl überhaupt in jedem vorsätzlichen Bewirken eines Bruchs der staatlichen Vollstreckungsdetention durch den betrauten Beamten (Polizei-, Strafanstaltsbeamten etc.) gleichzeitig das Moment des Nichtbetreibens der Vollstreckung zu erblicken sein. Und eine Detention des Verurteilten in der Wohnung des Strafanstaltsbeamten durch den Strafanstaltsbeamten z. B., gleichviel wo dieselbe belegen ist, verstößt ebenso gegen § 346 Alternative 3, wie eine Detention des Verurteilten in dessen eigener Privatwohnung. Auch die Aufnahme des Sträflings in die etwa im Gefängnisgebäude belegene Wohnung eines Strafanstaltsbeamten periodisch zu bestimmten Zeiten z. B. nachts ist nicht etwa eine bloße ungesetzliche Erleichterung für den Sträfling[20b]), sondern tatsächlich (teilweise) Unterlassung der Vollstreckung, also auch nicht etwa Vollstreckung einer gelinderen Strafe als der erkannten (Alternative 4). In einem solchen Falle wäre u. E. die „außerhalb der Strafanstalt" verbrachte Zeit durch den Sträfling in geeigneter Weise nachzuholen. Es ist eben hier — wir werden unten beim „Wesen der Strafe im § 346" darauf zurückzukommen haben — sowohl für den dritten wie auch für den vierten Tatbestand zu betonen, daß die Strafvollstreckung in unserem Falle lediglich Verbrechens-, Vergehens- und Uebertretungsstrafen betrifft, demzufolge nur solche zu vollstrecken sind, eigenmächtige Vollstreckung in einer gesetzlich nicht anerkannten Strafart aber der nicht betriebenen Vollstreckung gleich zu achten ist.

Aber auch hier ist eine Einschränkung am Platze, denn es geht aus dem Gesagten hervor, daß in Fällen der genannten Art ganz besonderer Wert auf die Erforschung der Absichten des Täters gelegt werden muß. Hielt er z. B. die Detention des Gefangenen zur Nachtzeit in seiner (des Täters) Wohnung für Strafvollstreckung, wenn auch in einer milderen Art, so muß er anders behandelt werden als jener, der sich unter gleichen Umständen bewußt war, daß von einer „Strafvollstreckung" in einer Privat-

20b) a. M. Frank § 346 III. 4. Im Sinne des Textes wohl Binding S. 578 n. 2.

wohnung nicht die Rede sein könne. Ersterem gegenüber dürfte eine nicht kriminelle Strafe genügen, während der Zweite durch Begehung unseres Verbrechens die Kriminalstrafe verdient hat.

Als Begünstigung im Sinne unserer dritten Alternative wäre schließlich noch das anweisungswidrige Nichtbeitreiben von Geldstrafen zu nennen. Hier dürfte nun — um auf eine alte Streitfrage einzugehen — eine Begünstigung dann *nicht* vorliegen, wenn der exequierende Beamte dem Vollstreckungsschuldner die Summe schenkt und von diesem nunmehr als Strafleistung zurückempfängt. Es scheint ein derartiges Verfahren, als vom Gesetze nicht gewollt, zurückgewiesen und der Beamte in Strafe genommen werden zu müssen. Indessen darf nicht außer acht gelassen werden, und das ist schon vom Standpunkt einer natürlichen Betrachtungsweise aus ersichtlich, daß der Exequendus, der die Summe etwa durch Handschenkung erhält, sein Aktivvermögen in diesem Augenblick durch den Betrag positiv vermehrt. Wird dieselbe Summe nun dem Vollstrecker ausgehändigt, so findet in der Tat eine Vermögenseinbuße auf Seiten des Schuldners statt, wodurch also dem Strafgesetz Genüge geschieht.

Zu bemerken ist in diesem Zusammenhange, daß einzelne Schriftsteller[21]) den mit der Vollstreckung persönlich befaßten Beamten, also z. B. den Schließer und Wächter in der Strafanstalt anders behandelt wissen wollen als denjenigen, der dienstliche Anweisungen zur Vollstreckung gibt, also „vollstrecken läßt". Abgesehen davon, daß die scharfe Grenzziehung zwischen dem Vollstreckenlassen und dem Vollstrecken des § 345, aus welchem jene Anschauung auf den § 346 ausgedehnt wird, bei den in letzter Linie in Betracht kommenden Personen der Arbeitsteilung wegen kaum möglich ist, dürfte die Wortfassung des § 346 „ein Beamter der . . . bei Vollstreckung der Strafe mitzuwirken hat", einen Zweifel darüber garnicht aufkommen lassen, daß hier auch der persönlich mit der Vollstreckung Befaßte bezielt wird. Das wird auch mehrfach von denjenigen zugegeben, die dasselbe für den analogen Tatbestand des § 345 nicht gelten lassen wollen. So v. Meves a. a. O. S. 988 Abs. 4, der insofern von den bei Binding S. 570 Note 3 hinsichtlich des § 346 zitierten Autoren auszunehmen ist (er wird von Binding, wohl versehentlich, als unter denjenigen befindlich genannt, die „den Beamten, der selbst vollstreckt" von § 346 ausschließen). Wollte man den persönlich vollstreckenden Beamten ausnehmen, so wäre gerade einer der „tauglichsten Täter", wenn wir einmal so sagen dürfen, von der Strafdrohung eximiert[22]).

bb) Was nun endlich den vierten der Mischtatbestände — das Gegenstück zu dem in § 345 bedrohten Delikt betrifft — so ist (in Uebereinstimmung mit Binding) auch hier zu betonen, daß zur Erfüllung an sich

[21]) z. B. Hälschner Lehrbuch II. 2 S. 1080, dessen Ausführungen konsequenter auch für § 346 gelten müssen. Ebenso v. Liszt. 17. Auflage S. 581.

[22]) Wir greifen hier zwar einem Teil der Arbeit vor. Diese Bemerkungen mögen uns indessen schon hier gestattet sein, da mit einer Konzession an die Meinung, die wir zu widerlegen versuchten, unsere obige Ansicht hinsichtlich des Strafanstaltsbeamten, der den Gefangenen in seiner Wohnung detiniert, hinfällig werden würde.

die Anwendung eines gesetzlich anerkannten, öffentlich rechtlichen Strafmittels gegen den Delinquenten erforderlich ist[23]), d. h. daß an sich eine gemäß § 1 St. G. B. als Verbrechens-, Vergehens- oder Uebertretungsstrafe qualifizierbare Strafe zur Ausführung kommt, jedoch innerhalb dieser Grenzen eine aus irgendwelchen Gründen gelindere Strafe vollstreckt wird, als sie der Urteilsspruch verlangt. Ob die zu vollstreckende Strafe auf einem strafrichterlichen Erkenntnis zu beruhen hat, wogegen sich Meves a. a. O. S. 981 wendet, oder nicht, werden wir unten erörtern.

Wann kann nun angesichts einer im Vollstreckungsstadium befindlichen oder bereits vollstreckten Strafe von einer gelinderen, als dem Urteil gemäßen Vollstreckung gesprochen werden? Offenbar kommen als Maßstab nur Strafart und Strafmaß der erkannten Strafe in Betracht. Hinsichtlich der Strafmaße bedarf es keiner Erörterung, daß bei Freiheitsstrafen die kurzfristige die mildere, bei Geldstrafen die kleinere Summe für den Verurteilten leichter zu erlegen ist; ein Zweifel also könnte höchstens beim Vergleich der einzelnen Strafarten entstehen, zumal da das Strafgesetzbuch das System der Strafrahmen adoptiert hat, d. h. das System der relativ bestimmten Strafdrohung[24]). Die Relativität kann nun liegen einmal darin, „daß der Gesetzgeber dem Richter innerhalb derselben Strafart einen Spielraum zwischen einem Mindest- und einem Höchstbetrage läßt". Andererseits darin, „daß der Gesetzgeber dem Richter die Wahl läßt zwischen zwei oder sogar mehreren (wieder durch Mindest- und Höchstmaß begrenzten) Strafarten". Endlich darin, „daß es dem Ermessen des Richters überlassen wird, ob er auf eine oder zwei Hauptstrafen oder auch ob er neben der Hauptstrafe auf eine Nebenstrafe erkennen will. Im ersten Falle wäre die mildere Strafe natürlich wieder der Mindestbetrag der betreffenden Strafart. Für den zweiten Fall hat das St. G. B. den wohl einzigen Zweifel, der entstehen konnte, durch authentische Interpretation des eigenen Willens beseitigt; konkurrieren nämlich Zuchthaus- und Festungshaftstrafe, so ist mit Zuchthaus nur für den Fall, daß ehrlose Gesinnung als Triebfeder des Täters erwiesen erscheint, zu strafen (vergl. St. G. B. § 20); letzten Falls endlich wäre milder das auf nur eine der Hauptstrafen gehende oder das nur auf die Hauptstrafe unter Verzicht auf die Nebenstrafe lautende Erkenntnis.

Damit hätten wir eine ungefähre Umgrenzung der Bahnen, in denen sich die Ausführung der Begünstigung durch den kompetenten Justizbeamten in ihrer letzten bedrohten Alternative bewegen kann. Jedoch auch hier muß der Einzelfall einer sorgfältigen Prüfung unterzogen werden, denn ebenso wie die Erfüllung der vorhergehenden Tatbestände ist die in Begünstigungsabsicht erfolgende Ausführung der Vollstreckung einer Minderstrafe zahlreicher Modifikationen der Begehungsform fähig. Dies nicht zum wenigsten der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Verbrechenssubjekte wegen, denen wir in der folgenden Erörterung über die Tatbestandselemente des § 346 unsere Aufmerksamkeit zuwenden wollen.

---

[23]) Wir werden unten in § 4c im Zusammenhang nochmals hierauf zurückkommen.

[24]) cf. für das Folgende v. Liszt Lehrbuch S. 274.

§ 4.

II. Tatbestandselemente des § 346.

a) Die Subjekte des Verbrechens.

Wir bemerkten schon oben, daß der § 346 vier in die Alternative gestellte Handlungen bedroht, die nach dem Wortlaut des Paragraphen scheinbar das begehende Subjekt gemeinsam haben. Indessen hat, wie bemerkt, jede der vier Handlungen ihren besonderen Täter und es ist erweiternd und richtiger sogar zu sagen, ihren Kreis von tauglichen Tätern. Es wird bedroht: „ein Beamter, welcher vermöge seines Amtes bei Ausübung der Strafgewalt oder bei Vollstreckung der Strafe mitzuwirken hat". Damit sind Privatpersonen, denen an sich, wie wir sehen werden, die Erfüllung der Urteilsverhinderung (siehe oben) also die begünstigende Verfolgungsunterlassung, sowie die Begehung einer Handlung, welche geeignet ist . . . ., wohl möglich ist, von vornherein auszuschalten. Das Delikt ist, um den Ausdruck der herrschenden Theorie zu gebrauchen „reines (eigentliches) Amtsdelikt" und zugleich Beamtendelikt (s. Olshausen § 346 Note 1) ferner aber, da nur gewissen Beamten möglich, ein „besonderes Amtsdelikt". Es kann u. E. lediglich durch Strafverfolgungsbeamte im Sinne der Strafprozeßordnung §§ 152 und 161 und durch Strafvollstreckungsbeamte begangen werden. Meves bemerkt nun hinsichtlich der beiden ersten Alternativen, daß „das Wort „Beamter" alle diejenigen Personen" begreift, „welche Kraft ihres Amtes bei der Ermittelung und Verfolgung strafbarer Handlungen zu dem Zwecke tätig zu sein haben, eine den Gesetzen entsprechende Bestrafung herbeizuführen" (Meves S. 986). Nun erstreckt sich die Strafverfolgung von der ersten Recherche und Anzeige bis zur Urteilsverkündung; strafverfolgende Beamte wären also demnach auch die in Strafsachen urteilenden Richter und auch sie unterfielen der Strafdrohung des § 346. Eine derartig weite Umgrenzung des Täterkreises mit Bezug auf die beiden ersten Alternativen scheint indessen — speziell im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 336 und 343 St. G. B. — nicht dem Sinne unserer Norm zu entsprechen. Die vergleichende Betrachtung der Bestimmungen aus §§ 336 und 343 gebietet u. E. vielmehr eine engere Begrenzung des Täterkreises des § 346 Alter-

native 1 und 2 auf die Strafverfolgungsbeamten im Sinne der St. P. O. §§ 152 und 161, da die dem Richter zur Last zu legenden Begünstigungsakte bereits durch § 336 St. G. B. bedroht sind. Richterliche Begünstigung wird aber auch durch § 343 bedroht, besonders für den Fall, daß der Richter entweder von einem Zeugen Aussagen erpreßt, die er eventl. zu Gunsten des von ihm protegierten Beschuldigten zu verwenden sich in den Stand setzt, oder aber daß er direkt auf den Beschuldigten unerlaubten Zwang nach der Richtung einer Aussage ausübt, die dem Beschuldigten zu einem späteren Freispruch verhilft (cf. Olshausen § 343 Note 4 b)[25]).

1. Dürfen wir nach oben Gesagtem den Richter von der Strafdrohung des § 346 ausschließen, so dürften als taugliche Täter unseres Delikts vor allem die Beamten der Staatsanwaltschaft in Betracht kommen, da prinzipiell von ihrer Kompetenz Verfolgung und Vollstreckung in Strafsachen umfaßt werden.

Zwar ist auch der Amtsrichter Organ der Strafvollstreckung[26]) und es ist die Vollstreckungskompetenz der Amtsrichter, die die Vollstreckung von Urteilen in Schöffensachen einschließlich derjenigen, die durch Ueberweisung von den Strafkammern zu Schöffensachen werden, umfaßt, keine geringe. Jedoch ist hier einmal hervorzuheben, daß die Uebertragung der Strafvollstreckung in der oben genannten Begrenzung auf den Amtsrichter lediglich auf Grund der besonderen Ermächtigung der Landesjustizverwaltungen (die allerdings zum größten Teil davon Gebrauch gemacht haben) gemäß § 483 III St. P. O. stattgefunden hat. Und andererseits ist zu betonen, daß die große Aufgabe der Rechtshülfe[26a]) bei der Strafvollstreckung gemäß § 164 G. V. G. grundsätzlich der (landgerichtlichen) Staatsanwaltschaft zufällt[27]), wie denn § 483 I St. P. O. überhaupt festsetzt, daß die Strafvollstreckung durch die Staatsanwaltschaft zu erfolgen habe.

Die „Beamten der persönlichen Vollstreckung", wenn wir die Strafanstalts- und ähnliche Beamten so nennen dürfen, treten erst auf Anweisung und Betreiben der Staatsanwaltschaft in Funktion; eine dienstliche Unterordnung liegt zwar nicht vor, indessen kommt die primäre Bedeutung insofern der Staatsanwaltschaft zu, als eine Strafvollstreckung aus eigener Initiative der Strafanstalten unmöglich ist.

[25]) Grundsätzlich für die Ausscheidung des Richters aus dem Täterkreis des § 346 Binding a. a. O. S. 575 und Rubo St. G. B. § 346 Note 3.

[26]) Untersuchungshandlungen des Amtsrichters aus eigener Entschließung finden nur bei Gefahr im Verzuge statt und auch hier gebührt der Staatsanwaltschaft die weitere Verfügung.

[26a]) Rechtshülfe wird zwar nie aus eigener Initiative des Rechtshilfeorgans geleistet. Indessen ist ihrer hier zu gedenken, da Delikte gegen § 346 St. G. B. natürlich auch im Rechtshilfestadium der Strafvollstreckung begangen werden können.

[27]) Ausnahme: prß. Justiz-Min. Vers. v. 22 I 1880. Danach direktes Ersuchen von Amtsgericht zu Amtsgericht.

Eine Mitwirkung in Selbständigkeit neben der Staatsanwaltschaft bei der Strafvollstreckung ist endlich auch die des Gerichtsschreibers, der die Abschrift der Urteilsformel gemäß § 483 St. P. O. für die die Strafvollstreckung betreibende Staatsanwaltschaft auszustellen hat.

Als Akt des Betreibens dürfte hier bereits das Ersuchen um Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Urteilsformel anzusehen sein. Jedoch handelt der diese ausfertigende Gerichtsschreiber *für* die Zwecke der Staatsanwaltschaft *neben* dieser und bleibt Organ des Gerichts.

Als taugliche Täter im Sinne unserer Norm wären demnach vor allem zu nennen: Die Beamten der Staatsanwaltschaft und die dieser Behörde angegliederten Organe des Polizei- und Sicherheitsdienstes. (Als der Staatsanwaltschaft angegliedert dürften mit Bezug auf die Vollstreckung auch jene Bureaubeamten zu gelten haben, die, mit der Führung der Strafverbüßungskalender betraut, staatsanwaltschaftlicher Kontrolle unterstehen.) Für die Vollstreckung kommt indessen nicht in Betracht auf Grund positiver gesetzlicher Bestimmung die Amtsanwaltschaft (cf. § 483 St. P. O.).

Gemäß der Wortfassung „ein Beamter, der . . . mitzuwirken hat" sind im übrigen, wie Olshausen (§ 346 Note 1) hervorhebt, auch alle diejenigen Beamten für taugliche Täter unseres Delikts zu erklären, die abgesehen von den vorigen, auf Grund der Reichs- und Landesgesetzgebung bei der Verfolgung von Straftaten oder bei der Vollstreckung von Strafurteilen mitzuwirken berufen sind[28]).

Es sind der Strandvogt, der eine unbefugt und widerrechtlich eine Dünenanlage betretende Person zu sistieren unterläßt, wie der Förster, der ein Feuer an einer gefährlichen Stelle im Walde angezündet findet und nicht gegen die Brandstifter einschreitet, ebenso taugliche Täter wie der Streckenwächter einer Privateisenbahn, der ihm zustehende bahnpolizeiliche Funktionen im gegebenen Fall auszuüben unterläßt. Es wächst die Zahl derer, die mit irgendwelcher polizeilichen Aufsicht i. w. S. betraut, sich mit bezug hierauf Pflichtwidrigkeiten zu schulden kommen lassen können, proportional der Zahl der Verfügungen und Verordnungen, die zu ihrer Durchführung eine derartige Aufsicht erfordern. Mit Recht ist vielfach betont worden, daß die betreffenden Beamten angesichts der Bestimmungen des § 346 wie unter einem Damoklesschwert leben, daß diese Bestimmungen in angemessener Weise zu beschränken seien, ja, daß der § 346 in gegenwärtiger Form eine Ueberspannung der staatlichen Strafgewalt zugunsten der strikten Durchführung des Legalitätsprinzips darstelle. (cf. Z. f. d. ges. Strafrechtswissensch. Bd. 22 S. 32 ff. und Bd. 18 S. 742 ff.) Wir werden im § 6 auf diese Fragen zurückzukommen haben.

2. Daß an sich die im § 346 bedrohte Unterlassung der Verfolgung einer strafbaren Handlung z. B. im Falle des § 139 St. G. B. und

[28]) cf. übrigens G. V. G. § 153 II. i. V. mit den betreffenden Spezialanordnungen der einzelnen Bundesstaaten.

die Begehung von Handlungen, welche geeignet . . ., auch von Privatpersonen begangen werden können, ist nicht zweifelhaft. Handlungen, die nicht gewollte Freisprechungen oder dem Gesetze nicht entsprechende Bestrafungen herbeiführen, begegnen uns z. B. seitens der Zeugen und Mitangeklagten in den zahlreichen „Beweisverbrechen“[29]), seitens der Verteidiger in Versuchen gesetzwidriger Beeinflussung, in Anstiftung zu Meineiden und in selbstbegangenen Verbrechen gegen die ungestörte Beweisaufnahme.

Es unterfällt jedoch keiner der Genannten der Strafdrohung des § 346. Nun werden aber nach § 144 II. St. P. O. gewisse Justizbeamte zu Verteidigern in Strafsachen bestellt und es erhebt sich demzufolge die Frage, ob und inwieweit etwa durch die Uebernahme einer Strafverteidigung die betreffenden Beamten zu tauglichen Tätern unseres Delikts werden können. Der Absatz 2 des § 144 St. P. O. unterscheidet zwei zur Bestellung als Verteidiger in Strafsachen geeignete Personenkategorieen: „Justizbeamte, welche nicht als Richter angestellt sind“ und „solche Rechtskundige, welche die vorgeschriebene erste Prüfung für den Justizdienst bestanden haben“.

Unter den „Justizbeamten“ nun, welche nicht als Richter angestellt sind, sind hauptsächlich die bei den Gerichten angestellten Bureaubeamten zu verstehen, Gerichtsschreiber etc. und zwar ohne Unterschied, ob sie Rechtsverständige sind oder nicht[29a]). Ziehen wir unter den Bureaubeamten lediglich die Rechtskundigen in Betracht (andere dürften die Stellung eines Verteidigers wohl kaum erhalten) und nehmen wir sogar an, daß auch den Referendaren Beamteneigenschaft beizulegen ist, so kämen als taugliche Täter unseres Delikts gleichwohl Vertreter weder der einen noch der anderen Kategorie in Betracht. Taugliche Täter unseres Delikts sind im Prinzip, wie wir sahen, lediglich Beamte, die vermöge ihres Amts bei Ausübung der Strafgewalt oder . . . mitzuwirken haben, und die bezeichneten Handlungen innerhalb ihrer Zuständigkeit (vergl. oben) begehen. Die Strafgewalt charakterisiert sich i. u. F. als Strafverfolgungsgewalt. Wollte man also selbst (was aber dem Sinne des § 346 zuwider wäre) zugeben, daß der zur Offizialverteidigung berufene Beamte bei Ausübung der Strafverfolgungsgewalt des Staats mitzuwirken habe, so kann das nicht angenommen werden, daß ein derartiger Verteidiger bei Ausübung der genannten Gewalt *vermöge seines Amts* mitzuwirken berufen sei.

Wer selbst dies zugeben will, scheitert daran, daß der mit einer Verteidigung betraute Justizbeamte mit der Uebernahme, zu der eine Verpflichtung nach § 144 II. St. P. O. übrigens nicht besteht, de facto in diejenige Privatstellung tritt, in welcher die berufsmäßigen Anwälte sich befinden. Das temporäre Ausscheiden aus dem Justizdienst macht aber

[29]) Wenn wir in diesem Terminus die gegen die Ermittelung und Feststellung der Wahrheit im Strafverfahren gerichteten Eidesdelikte der Zeugen und Sachverständigen und die bewußt unwahren Aussagen von Mitangeklagten zusammenfassen dürfen.

[29a]) So Löwe-Hellweg, Note 3 a, § 144 St. P. O.

den Offizialverteidiger eben temporär zum Nichtbeamten und damit käme, wenn überhaupt ein Delikt, nur das der gemeinen Begünstigung in Betracht.

3. Offen wäre nun schließlich noch die Frage, ob Justizaufsichtsbeamte für die Täterschaft in Betracht kommen. Die Justizaufsicht unterliegt der Regelung durch die Landesjustizverwaltung in den einzelnen deutschen Bundesstaaten und ist für Preußen durch Gesetz vom 24. April 1878 und durch eine Reihe von Spezialanordnungen normiert worden, unter denen besonders hervorzuheben sind: Die Geschäftsanweisung vom 28. August 1879, im Artikel 5 die Aufsicht über die Amtsanwälte regelnd. (Der Justizminister ist hier für die Aufsicht zuständig); das A. G. G. V. G. vom 24. April 1878 in seinen §§ 79 und 80 die Aufsicht über die Gerichtsvollzieher ordnend und endlich die Gefängnisordnung vom 21. Dezember 1898, welche Festsetzungen bezüglich der Aufsicht über die Gefängnisbeamten trifft (besonders §§ 4 und 24).

Als Täter unseres Delikts qualifizieren sich gegebenenfalls diejenigen an den genannten Orten näher bezeichneten Aufsichtsbeamten, welchen vermöge ihres Aufsichtsrechts eine direkte Einwirkung auf den Gang der Strafverfolgung oder der Strafvollstreckung ermöglicht ist, die durch dienstliche Anweisungen eine solche Einwirkung auf das ordentliche Strafverfahren zu gewinnen vermögen, welche eventl. Begünstigungsvorsatz zu realisieren imstande ist. Besonders hervorzuheben ist danach, daß nach den preußischen Bestimmungen z. B. (cf. § 78 Gesetz vom 24. April 1878, Gesetzessammlung S. 230) der Justizminister, dem das Aufsichtsrecht hinsichtlich sämtlicher (Gerichte und) Staatsanwaltschaften zusteht, und dessen Organe die Vorstände der (Gerichte und der) Staatsanwaltschaften bei den Geschäften der Justizverwaltung nach des Justizministers näherer Bestimmung sind[30]), sehr wohl als Täter eines Delikts aus § 346 in Betracht kommt. Denn mit Rücksicht auf obige Bestimmungen kann der Minister nach § 147 und 148 G. V. G. Einfluß auf ein Strafverfahren derart nehmen[31]), daß die Staatsanwaltschaft von ihrer Verantwortlichkeit gegenüber den Bestimmungen des § 152 St. P. O. frei wird, diese auf Grund des Amtsunterordnungsverhältnisses auf den Minister übergeht und er insoweit an die Stelle der Staatsanwaltschaft tritt. Damit aber hätte auch er und die ihm nachgeordneten Justizaufsichtsbeamten in Analogie des oben Gesagten und nach der Tendenz unserer Norm deren Strafe geeignetenfalls zu unterfallen. Es müssen natürlich in solchen Fällen die allgemeinen Dienstverhältnisse des Täters den oben hinsichtlich der tauglichen Täter bezeichneten Voraussetzungen entsprechen.

Im Falle der Nichtnachweisbarkeit des Begünstigungsvorsatzes im Sinne des § 346 wären eventl. die Bestimmungen des § 357 II. St. G. B. in Anwendung zu bringen.

---

[30]) cf. Müller, prß. Justizver. Bd. 1 S. 80.

[31]) cf. Löwe-Hellweg § 152 Note 8.

b) Nach dem Wortlaut des § 346 nun ist die Begehung des Delikts geknüpft an die Voraussetzung des Vorliegens einer strafbaren Handlung schlechthin, d. h. es ist im Gesetze keinerlei Anweisung darüber vorhanden, in welcher Richtung und in welchen Grenzen sich die Prüfung der Strafbarkeit der eventl. zu begünstigenden Handlung zu bewegen habe. Gretener bemerkt nun im Zusammenhange seiner Lehre von der gemeinen (Personen-) Begünstigung, deren Konsequenzen im allgemeinen auch für unsere „begünstigenden Prozeßverbrechen" (Binding) in analoger Weise zu gelten haben, daß die Uebertretung der die Begünstigung bedrohenden Norm objektiv die Existenz eines staatlichen Strafanspruchs voraussetzt. Vorsätzliche Uebertretung der Norm erfordere subjektiv das Wissen von der Existenz eines Strafanspruchs und das Wollen von der Vereitelung desselben. Es könne von vorsätzlicher Begünstigung keine Rede sein, wenn der Täter den Delinquenten der Strafe überhaupt nicht entziehen will, wenn er denselben für straflos oder gar für unschuldig hält. Andererseits dürfte die sich als falsch erweisende Ansicht des Täters, es läge auf Seiten des zu Begünstigenden eine strafbare Handlung vor, die unter ein bestimmtes Strafgesetz zu subsumieren sei, im Verein mit der entsprechenden Begünstigungshandlung strafrechtlich irrelevant sein; eine derartige Handlung muß notwendigerweise im Versuchsstadium stehen bleiben und ist als solche untauglicher, daher u. E. straffloser Versuch[31a]). Man kann ebensowenig einen vermeintlich nicht existierenden Strafanspruch vereiteln, wie die Realisierung eines objektiv nicht bestehenden hintertreiben wollen. Im Gegensatz zu Heigelin[32]) ist mit Bezug auf unsere Norm u. E. daran festzuhalten, daß „Voraussetzung des Delikts stets objektiv das Vorliegen einer strafbaren Handlung ist, während das subjektive Meinen des Beamten nicht genügt[33]). Heigelin sieht eine Gefahr in der häufigen Unmöglichkeit des Nachweises, daß eine strafbare Handlung wirklich vorausgegangen ist; die in den ersten Alternativen unseres Paragraphen bedrohten Pflichtwidrigkeiten der betreffenden Beamten erleichtern, so betont er, den Delinquenten die Verwischung der Spuren ihrer Straftat im höchsten Maße, ja sie machten eine spätere Verfolgung häufig unmöglich und deshalb müsse es mit Bezug auf die erste sowohl als auf die zweite Alternative unserer Norm für die strafrechtliche Behandlung des betreffenden Beamten gleichgültig sein, ob die strafbare Handlung des Dritten „erwiesen und erweislich ist oder nicht". Nun ist aber einmal wie auch Heigelin a. a. O. selbst hervorhebt, nicht Strafbarkeitsvoraussetzung unseres Delikts, daß der Schuldige sich infolge der Pflichtwidrigkeit der Beamten hat der Bestrafung entziehen können, andererseits aber bildet nach dem Wortlaut des Gesetzes

---

31a) Wie wir unten sehen werden, ist mit Bezug auf unseren § 346, wenn von Versuch überhaupt gesprochen werden kann, lediglich der untaugliche, straflose Versuch möglich, für das Strafrecht also irrelevant.

32) Goltdammer, Archiv Bd. 43 S. 96 ff.

33) cf. Olshausen § 346 Note 2a Abs. 2. Ebenso die herrschende Ansicht s. auch Binding S. 574 Note 3, der Heigelins Beweis für seine These 1 a. g. O. Bd. 43 S. 96 für mißlungen erachtet.

— und das ist von grundsätzlicher Bedeutung — das Vorliegen einer strafbaren Handlung ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal. Mit Recht hebt Oppenhoff § 346 Note 3 dies hervor[34]) und betont weiterhin, daß bei der richterlichen Beurteilung eines Delikts nach § 346 Alternative 1 und 2 aus diesem Grunde die Straftat des Begünstigten einer rechtlichen und tatsächlichen Würdigung zu unterziehen ist. Erwiesen muß die Straftat des Dritten sein oder wenigstens erweislich. Ist sie weder das eine noch das andere, so würde dem konkreten Willen des Gesetzes zuwider die Begünstigung nicht einer strafbaren Handlung sondern einer Handlung, die wahrscheinlich d. h. bei ausreichender Kenntnis ihres Tatbestands als strafbar zu erachten gewesen wäre, bestraft.

c. Welches ist nun das Wesen der gesetzlichen Strafe, mit der die die Deliktsvoraussetzung bildende Handlung bestraft wird? Es ist zu scheiden zwischen den gegen jeden Bürger — mit geringen Ausnahmen — anwendbaren Rechts- oder Kriminalstrafen, und den Zucht- oder Disziplinarstrafen. Letztere können nur über diejenigen Personen verhängt werden, welche entweder wegen ihres Familienstandes einer Zuchtgewalt unterstehen oder aber gegen solche, die sich durch besonderen Willensakt einer anderen, gesetzlich anerkannten Disziplinargewalt unterworfen haben.

Die herrschende Meinung geht hinsichtlich des § 346 dahin, daß unter strafbarer Handlung hier lediglich eine kriminell strafbare zu verstehen ist. Dies aus verschiedenen Gründen. Es wird einerseits verwiesen auf die Härte und Höhe der Strafdrohung in unserem Delikt. Weder Strafart noch Strafmaß sind mit den Grundsätzen des Disziplinarstrafrechts vereinbar. Andererseits wird betont, daß die Hineinziehung der Disziplinarvergehen in den Kreis der strafbaren Handlungen unseres Delikts bei der eigenartigen Natur des Disziplinarstrafrechts zu nicht lösbaren Schwierigkeiten führen würde (Olshausen Note 2a § 346).

Wenn nun auch u. E. schon in Anbetracht der Umgrenzung der Strafdrohung eine Einbeziehung der Disziplinarvergehen nicht stattfinden dürfte (cf. Hälschner S. 1082 a. a. O.), so erscheint vor allem der an zweiter Stelle genannte Umstand bedeutsam für die Ausscheidung der Disziplinarvergehen aus dem Kreise der strafbaren Handlungen. Wie wir oben darzutun versuchten, will unsere Norm grundsätzlich die strikte Durchführung jener Maxime der Strafprozeßordnung sichern, daß ohne Rücksichtnahme auf irgendwelche Sonderinteressen wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen von Amtswegen eingeschritten werden müsse. Nach § 3 des E. G. St. P. O. findet letztere nun Anwendung auf alle „Strafsachen", welche vor die ordentlichen Gerichte gehören. „Der Begriff der Strafsache" aber ergibt sich aus dem materiellen Strafrecht; er setzt ein Verfahren voraus, welches „die Entscheidung über die Anwendung einer strafrechtlichen Norm zum Zwecke hat", und in welchem es sich somit um die Verhängung einer kriminellen Strafe handelt"[35]). („Strafsachen"

[34]) cf. Beling Beg. & Hehlerei in vergl. Darst. Bd. 7 S. 13 § 3.

[35]) Löwe-Hellweg St. P. O. Note 2a zu E. G. St. P. O. § 3.

sind nach geltendem Recht auch die Polizeistrafsachen. Das sogenannte Polizeidelikt ist Verbrechen, jede Strafe gesetzt auf eine Uebertretung im technischen Sinne des R. St. G. B. ist kriminelle Strafe und die ohnehin große Zahl von Delikten, die der 29. Abschnitt des St. G. B. bedroht, wird vermehrt durch solche Uebertretungen, die durch ein Gesetz oder eine mit Gesetzeskraft erlassene Strafverordnung einer Verwaltungsbehörde mit Strafe bedroht sind (cf. Meyer-Allfeld § 13, 3, S. 85.).)

„Zu den Strafsachen im Sinne der St. P. O. gehören nun aber diejenigen Fälle nicht, in denen es sich um die Verhängung einer außerhalb des Gebiets des Strafrechts liegenden, also nicht kriminellen Strafe handelt".

Damit ist also im Zusammenhang mit dem oben Gesagten zu resumieren, daß Exekutiv- und Ordnungsstrafen, vor allem aber auch die Disziplinarstrafen keine Strafen im Sinne unserer Norm sind. — Von der Strafe in dem hier in Betracht kommenden engeren Sinne sind die genannten Strafarten „hauptsächlich dadurch verschieden, daß nicht Verletzungen der allgemeinen öffentlichen Rechtsordnung in Frage stehen, sondern solche einer besonderen Ordnung"[36]). Und mit Recht weist Köhler[37]) schließlich darauf hin, daß die Fassung der Begehungsformen unseres Delikts auf die Rechtsstrafe hindeutet[38]).

d. Während der § 345, den wir schon früher als eine Art Gegenstück unseres Gesetzes bezeichneten, eine auch fahrlässige Begehung des bedrohten Delikts kennt, ist im § 346 lediglich die vorsätzliche Ausführung der deliktischen Handlungen unter Strafe gestellt. Wie ist nun der Vorsatz in unserer Norm zu umgrenzen?

Es ist dies eine speziell auf Grund der Worte im Gesetzestext — in der Absicht, jemanden der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen, lebhaft umstrittene Frage. Eine Anzahl von Schriftstellern steht auf dem Boden der Anschauung, daß unter der Absicht, jemanden der gesetzlichen Strafe zu entziehen, „lediglich der Begünstigungsvorsatz" zu verstehen ist[39]), während eine andere Ansicht die Notwendigkeit einer Scheidung der Begriffe „Vorsatz" und „Absicht" in unserem Paragraphen betont[40]).

Mit Recht? Das Strafgesetzbuch bedient sich in einer großen Anzahl von Normen gewisser Wendungen, die den Begriff der Absicht zu kennzeichnen bestimmt sind. Es begegnen uns die Worte: wer um zu . . . wer in der Absicht . . . wer absichtlich etc. Wenn nun häufig dadurch

---

[36]) cf. Meyer-Allfeld, S. 8 und oben S. 40.

[37]) vergl. Darst. S. 450.

[38]) cf. übrigens die Literatur bei Köhler a. a. O. Note 1, Mewes S. 982 a. a. O. ist wohl für die Einbeziehung der Disziplinarstrafen.

[39]) Binding S. 576, Liszt § 179 V. 4 „Absicht ist hier gleichbedeutend mit Vorsatz".

[40]) So Köhler a. a. O., Franck § 346 IV, Olshausen § 346 Note 3.

lediglich das Merkmal des dolus der betreffenden Norm eingefügt werden soll, so ist dies nicht durchgängig die Absicht des Gesetzgebers; es wird vielmehr bisweilen durch solche Wendungen auf den Zweck hingewiesen, den der Täter durch vorsätzliches Handeln zu verwirklichen trachtet und der solchermaßen zum Tatbestandsmerkmal der betreffenden Norm erhoben wird. Und diese besondere Kennzeichnung des Zweckes einer vorsätzlich begangenen, an sich, d. h. auch ohne den Zweck strafbaren Handlung als Tatbestandsmerkmal liegt auch in den Worten unserer Norm „in der Absicht jemand der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen". Das hebt besonders auch Heigelin[41]) hervor: Es handelt sich hier um „den Zweck, der ja in der Regel für den Tatbestand der Verbrechen und Vergehen nicht von Bedeutung ist, aber doch auch zum Tatbestandsmerkmal erhoben sein kann und . . . so auch im Fall des § 346 dazu erhoben ist". Sollte der Zweck nicht besonders als Gegenstand der Strafwürdigung hervorgehoben werden, so hätte der Gesetzgeber ja in der Tat dem § 346 die von Heigelin produzierte Fassung[41a]) geben können. Das Merkmal des strafrechtlich relevanten dolus war durch das generelle „rechtswidrig" ohnehin aufgenommen[42]). Nun muß allerdings zugegeben werden, daß der Begriff der Absicht, wie wir schon oben andeuteten, hier und da im Strafgesetzbuch den Sinn von Vorsatz im gewöhnlichen Sinne hat[43]); aber nur dann, wie Frank[44]) betont, „wenn er sich lediglich bezieht auf den zum objektiven Tatbestand gehörenden Erfolg, nicht also auf einen jenseits des objektiven Tatbestands liegenden". Jenseits des objektiven Tatbestands aber liegt, wie wir annehmen zu dürfen glauben, jene „Absicht, jener Zweck[45]), auf dessen Erreichung es dem Täter unserer Tatbestände ankommt: Strafvereitelung, die sich in der Verhinderung der Erreichung eines Urteils betätigt oder aber der Strafgerichtsbarkeit durch Verhinderung des Eintritts der Urteilswirkung, d. h. durch Urteilsbeugung entgegen arbeitet". Das hindert nicht die bewußte Rechtswidrigkeit, das erfordert vielmehr bewußt rechtswidriges, also doloses, vorsätzliches Handeln. Unser Delikt setzt Vorsätzlichkeit der Handlung, d. h. den Willen voraus, sie zu begehen; es erfordert bewußt rechtswidrige Begehung; aber nicht nur muß der Beamte das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit im allgemeinen bei der Begehung der unter Strafe gestellten Handlungen haben, d. h. also dolos handeln, sondern es wird zu deren Strafbarkeit weiter verlangt, daß er mit seinem dolosen Handeln einen bestimmten, vom Gesetz gemißbilligten Zweck verfolgt. Der Zweck — die rechtswidrige Entziehung einer Person von einer gesetzlichen Strafe — ist daher zum Tatbestandsmerkmal erhoben und es muß

[41]) a. a. O., S. 98.

[41a]) a. a. O., S. 98 „wenn der Beamte vorsätzlich eine Handlung oder Unterlassung begeht, die geeignet ist, jemand der Untersuchung oder der Strafe rechtswidrig zu entziehen".

[42]) cf. Meyer-Allfeld § 25 S. 142 N. 26.

[43]) cf. Meyer-Allfeld S. 141.

[44]) § 59 N. IV. Abs. 3.

[45]) cf. Meyer-Allfeld S. 142 N. 7.

deshalb das Bewußtsein des Täters sich auf diese „Rechtswidrigkeit" der Strafvereitelung erstrecken. Wir hoffen, nicht gänzlich fehlzugehen, wenn wir das Verhältnis von Vorsatz und Absicht in unserer Norm vergleichen mit dem des Mittels zum Zweck. Mit Recht sagt u. E. Heigelin: Er (der Täter) muß die Unterlassung der Verfolgung etc. etc. als das Mittel angesehen haben, die Entziehung eines Delinquenten von der gesetzlichen Strafe als Zweck zu erreichen[46])[47])[48]).

e) Nach der Anschauung derjenigen Schriftsteller nun, welche Vorsatz und Absicht im Hinblick auf unsere Norm identifizieren, oder welche Vorsatz und Absicht überhaupt gleichstellen, darf auch die Möglichkeit eines Eventualdolus für unseren Fall nicht abgeleugnet werden. Mewes (S. 989) nimmt mit Bezug hierauf an, daß der Absicht die Kenntnis von den Folgen der Begünstigungshandlung gleichzustellen ist. Es genüge daher „dem Beamten eine solche Kenntnis nachzuweisen, weil er die Folgen, wenn er trotz der Kenntnis vorsätzlich die ursächlichen Handlungen begangen, gewollt und beabsichtigt haben muß" „und der dolus eventualis hier, wie überall im R. St. G. B., dem dolus directus gleich" zu behandeln sei. Diese Ansicht ist im Hinblick auf die Gleichstellung von Absicht und Vorsatz nur konsequent. Wir müssen indessen, wollen wir Absicht und Vorsatz im oben behandelten Sinne erfassen, auch die Anerkennung der Möglichkeit eines eventuellen dolus ausschließen[49]). Fahrlässigkeit wird kriminell nur im Falle der Vollstreckung nicht vollstreckbarer oder so wie vollstreckt nicht ausgesprochener Strafen bestraft (Fall des § 345 II). In allen übrigen Fällen von „Rechtsbeugung" durch Beamte muß disziplinare Ahndung genügen, da eine kriminelle angesichts der Uebertretungen und ihres weiten Gebiets zu außerhalb des Strafzwecks liegenden Härten führen würde. (cf. auch unten S. 57 ff.)

---

[46]) i. S. des Textes besd. Köhler a. a. O. S. 451, 52 auch Hälschner S. 1082 Olshausen N. 3 § 346.

[47]) Heigelin S. 99; daß der Vorsatz des Täters auch das „Wissen" von der Strafbarkeit des begünstigten Vorverbrechens umfassen muß, haben wir bereits oben anläßlich der Erörterung des dem Beamtendelikt als Begehungsvoraussetzung dienenden Vorverbrechens hervorgehoben.

[48]) cf. auch die Trennung von Vorsatz und Absicht hinsichtlich der gemeinen Begünstigung bei Beling a. a. O. Bd. 7.

[49]) cf. Meyer-Allfeld § 25 9c: in den Fällen, in denen eine besondere Absicht im Sinne von Endzweck verlangt ist, genügt der eventuelle dolus nicht.

§ 5.

III. Das Delikt in den sonstigen Erscheinungsformen der Verbrechen.

a) Der Versuch.

Das Strafgesetzbuch bedroht regelmäßig den Versuch von Verbrechen, der Versuch eines Vergehens ist strafbar nur in den vom Gesetz bezeichneten Fällen, während die Uebertretungen endlich straflos versucht werden. Liegt nun bei allen Verbrechen im engeren Sinne die Möglichkeit eines Versuchs, der im wesentlichen in einem Anfang der Ausführung des betreffenden Delikts zu suchen ist, vor? Die Möglichkeit eines Versuchs der gemeinen Begünstigung wird nach dem Vorgange Zachariäs (Lehre vom Versuch Bd. 1 § 40 S. 65, vergl. besonders Note 2 S. 65) von einer Reihe von Schriftstellern vollkommen abgelehnt, weil die Begünstigung zu ihrer juristischen Konsumation den Eintritt des gewollten Erfolges d. h. also die erreichte Straflosigkeit des Verbrechers nicht verlange, sich demnach mit jedem Tätigkeitsakt, der in der Richtung auf diesen Erfolg unternommen würde, vollende. Es ist also die Objektivierung des Begünstigungswillens undenkbar ohne gleichzeitige Produktion einer in sich abgeschlossenen Begünstigungshandlung oder wie Zachariä sagt (a. a. O.) der „Begriff der Begünstigung liegt immer vollständig vor". Hier wird aber wie gesagt davon ausgegangen, daß zur Konsumation des Begünstigungsverbrechens der Eintritt des gewollten Erfolges nicht erforderlich ist. Diesen Standpunkt nimmt auch die lex scripta im § 257 St. G. B. ein. Es ist nicht notwendig, im Einzelfall zu erforschen, ob die konkrete Handlung, welche die Erfüllung der gesamten Tatbestandsmerkmale der Begünstigung bezielt, objektive Gefährlichkeit mit bezug auf eine, auf dem eingeschlagenen Wege mögliche Erreichung dieses Ziels besitzt; denn die Erreichung jenes Ziels ist eben de lege lata nicht nötig. Ist die Handlung objektiv ungefährlich, so entfällt jeglicher staatliche Strafanspruch oder vielmehr es kommt ein solcher garnicht zur Entstehung. Ursache dieser Ungefährlichkeit ist entweder die Untauglichkeit der angewandten Mittel oder die Untauglichkeit des bedrohten Objekts. Die Willensbetätigung des Täters konnte auf dem gewählten Wege nicht den erstrebten Erfolg haben oder aber der Täter

nimmt fälschlich an, daß die von ihm zu begünstigende Handlung einer Strafnorm unterfalle.

Alledem gegenüber weist nun Gretener[50]) mit Recht darauf hin, daß die Möglichkeit eines Versuchs sich überall da statuieren läßt, wo die Begünstigung in concreto ein stufenweises Fortschreiten und einen bestimmten Punkt der Vollendung aufweist. Nach der lex lata jedoch (§ 257 und § 43) muß schon der erste Anfang der Ausführung als vollendete Begünstigung behandelt werden, da auch darin ein Beistand liegt[51]).

Können wir nun die mit Bezug auf die gemeine Begünstigung hinsichtlich des Versuchs gewonnenen Ergebnisse auf unser Delikt der „Begünstigung im Sinne des § 346" übertragen? Wir glauben diese Frage uneingeschränkt bejahen zu dürfen. Wie die gemeine Begünstigung verlangt auch die im § 346 bedrohte de lege lata zur Vollendung des Delikts keinen Erfolg bei der Realisierung der Absicht, jemanden der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen. Damit entfällt aber notwendigerweise die Möglichkeit der Annahme eines Versuchs, denn jede Willensbetätigung in der Richtung auf den bezielten Erfolg ist Vollendung, ist ein vollendeter Akt prozessualer Begünstigung. Freilich eben nur in Hinsicht auf die lex lata; denn der Möglichkeit eines Versuchs steht nicht entgegen, daß zur juristischen Vollendung der Begünstigung der Eindruck des gewollten Erfolges nicht notwendig ist. Im Hinblick auf die positive Bestimmung des § 346 lehnt auch Rüdorff (§ 346 Note 6) die Möglichkeit der Annahme eines Versuchs ab. Diese Anschauung steht nun zunächst und ohne weiteres in Widerspruch — wie Olshausen auch hervorhebt — mit dem von Rüdorff in Note 1 zu § 346 Gesagten: „Dagegen wird in Fällen vermeintlicher Schuld Versuch anzunehmen sein, da nur der volle Tatbestand nicht eintreten kann, die Tat aber Verbrechen ist". In Uebereinstimmung mit dem oben S. 44 ff. Gesagten ist für diesen Fall jedoch das Folgende zu bemerken. Der Beamte, der die Tat fälschlich einer Norm subsumiert und nun in Begünstigungsabsicht handelt, objektiviert zwar seine rechtswidrige Absicht der Strafvereitelung. Diese Objektivierung ist aber ungefährlich. Es liegt ein Versuch zwar vor, aber ein solcher Versuch entbehrt seines strafrechtlich charakteristischen Merkmals: Der Gefährlichkeit im Hinblick auf die bei richtiger Konstellation mögliche Vollendung. So, wie er in die Erscheinung tritt, ist er „untauglich", straflos, also strafrechtlich nicht relevant[52])[53]). Einen Versuch, den wir nicht strafen[54]), als solchen zu kennzeichnen, ist weder für Wissenschaft, noch vor allem für Praxis ein Bedürfnis.

---

[50]) Gretener Beg. S. 154.

[51]) Gretner S. 154.

[52]) cf. Hälschner Bd. 1 S. 332.

[53]) Die Schlußfolgerung des Reichsgerichts: Der Versuch ist nach § 43 St. G. B. strafbar; der untaugliche Versuch ist Versuch, also ebenso wie jeder andere Versuch strafbar, wendet sich gegen die als herrschend anzuerkennende Meinung von der Straflosigkeit des untauglichen Versuchs. Ausführlich gegen die Bestrafung des „ungefährlichen — untauglichen Versuchs" Meyer-Allfeld S. 175—176.

[54]) So wenigstens die herrschende Meinung.

In seiner Besprechung des § 346 betont Köhler sogar die Möglichkeit eines Versuchs in der Gestalt einer der Unterlassungen, indessen ist eben wohl auch hier, wenn wir mit Köhlers Beispiel operieren dürfen, mit dem Fortgehenlassen des Fluchtverdächtigen in Begünstigungsabsicht durch den Staatsanwalt das Delikt für den Begünstiger vollendet, auch wenn der Verdächtige, ehe die Flucht bewerkstelligt worden ist, durch einen Kollegen des Staatsanwalts verhaftet wird.

b) Während wir so die Fragen nach der Richtung der „Vollständigkeit“[55]) unseres Delikts dahin beantworten zu müssen glauben, daß lediglich Vollendung oder aber straftoser, weil untauglicher („nicht verbrecherischer“ Geyer) Versuch vorliegen können, ergibt die fernere Frage nach der „Selbständigkeit“[55]) der Ausführung zweifellos die Bejahung der Möglichkeit einer Teilnahme, auf die wir weiter unten einzugehen haben; hier seien zunächst folgende Bemerkungen gestattet.

Wie hinsichtlich der persönlichen Begünstigung (§ 257), die übrigens vom § 346 mit gewürdigt wird[56]), Annahme ideeller Konkurrenz also verbietet, ist auch mit Bezug auf unser Delikt wohl jene Anschauung zurückzuweisen, welche eine „große innere Verwandtschaft“ zwischen Begünstigung und Teilnahme annimmt. Die Begünstigung im technischen Sinne des § 257 sowohl als unsere Begünstigung durch Justizbeamte sind einerseits nach der lex lata in den besonderen Teil des Strafgesetzbuchs als selbständige Verbrechen verwiesen; andererseits sind sie aus dem Grunde keine „besondere Formen der Teilnahme“ als hier und dort durchaus verschiedene Deliktsvoraussetzungen vorliegen. Allerdings innewohnt der Begünstigung (§ 257 und 346) wie auch den Formen der Teilnahme ein accessorischer Charakter insofern, als jene sowohl wie diese in Beziehung zu einem anderen oder wie zuweilen gesagt wird „prinzipalen“ Verbrechen steht. Indessen ist die Art dieser Beziehung grundverschieden: Während die Beihülfe zum Verbrechen z. B. der Vollendung eines Delikts förderlich zu sein trachtet, setzt die Begünstigung (346 sowohl wie 257) eine fertige Straftat, ein fait accompli voraus, und durchaus ähnlich ist die Sachlage hinsichtlich der übrigen Formen der Teilnahme. So beruht also die „innere Verwandtschaft“[57]) im Grunde auf einer bloßen Aeußerlichkeit. Man sollte deshalb von einem Accessorietätsverhältnis und von einer „Haupttat“ mit bezug auf das Begünstigungsdelikt schon aus dem Grunde nicht sprechen, weil das R. St. G. B. sowohl die gemeine Begünstigung als die durch § 346 bedrohte zu selbständigen Verbrechenstypen erklärt hat. Es gibt in diesem Zusammenhang demnach zwar ein „Vorverbrechen“ jedoch keine „Haupttat“, denn „Haupttaten“ behandeln sowohl § 257 wie § 346.

Damit ergibt sich aber die Frage nach der strafrechtlichen Behandlung einer im voraus von einem im Sinne unseres § 346 tauglichen Täter zugesagten Begünstigung, sei es in Form einer der bedrohten Kommissiv-

---

[55]) So Meyer-Allfeld.

[56]) cf. Köhler a. a. O. S. 452.

[57]) Oppenhoff Teil I. Abschn. III. N. 9.

oder in Form eines der Omissivdelikte und speziell die Frage danach, ob jene vorgängige Zusage der Begünstigung dieser den Charakter als Begünstigung, d. h. als besonderes Verbrechen nimmt. Daß die der Begehung eines Delikts vorausgehende Zusage einer Begünstigung durch einen der Täter unseres § 346 möglich ist und vorkommt, steht außer Zweifel. Denken wir nur an das „Nichtsehenwerden" der niederen Polizeibeamten, zugesichert etwa einem armen Teufel, der im Begriff steht, einen Diebstahl an des Nachbars Kartoffelvorräten zu begehen. Wie ist nun diese Zusicherung rechtlich aufzufassen? Gesetzt die allgemeinen Umstände vor der Begehung des Delikts lagen so, daß für die Entdeckung speziell und für die Ermittelung etc. lediglich der Beamte in Betracht kam, der die Zusicherung der Nichtverfolgung gegeben hatte. War dann in der Zusicherung nicht ein gewichtiges Moment für die Begehung, ein Akt der psychischen Beihülfe gegeben? Dies ist fraglos anzunehmen. Oder ist es nicht etwa wissentliche Hülfeleistung durch Rat[58]), wenn derjenige, von dem Gefahr droht[59]), seine Bundesgenossenschaft anbietet; vor der Begehung der Tat Unterstützung für die Zeit nach der Begehung zusagt[60]); wenn der rechtlich zur Verhinderung einer strafbaren Handlung Verpflichtete diese trotz der Möglichkeit der Verhinderung bewußtermaßen zuläßt[61])? So wird der verbrecherische Entschluß gestärkt, während vorher Bedenklichkeiten wegen der möglichen Entdeckung und Verfolgung bestanden.

Wie aber, wenn der Vorverständigung gemäß nach faktischer Begehung des Verbrechens die Begünstigung tatsächlich ausgeübt wird? Sind wir berechtigt, die Analogie unseres § 346 mit der das gemeine Begünstigungsdelikt bedrohenden Strafnorm soweit auszudehnen, daß wir auch hier lediglich die in der vorverständigten Begünstigung liegende Teilnahme (s. unten) strafen und die Begünstigung selbst (Versuch ist ausgeschlossen) straflos (vergl. Note 61) lassen sollten. Mit Recht bemerkt Gretener[62]), daß die Begünstigung Begünstigung bleibt, auch wenn sie vorverständigt war; solchenfalls ist also die Realkonkurrenz[63]) zwischen Begünstigung und Teilnahme zu berücksichtigen und danach zu strafen. Wir werden im letzten Paragraphen der Arbeit darauf zurückzukommen haben.

Besonders zu gedenken ist derjenigen Konfiguration, bei welcher sich die der Verübung des Verbrechens vorausgehende Zusicherung der Begünstigung als *ausschlaggebendes, bestimmendes* Moment für die

---

[58]) „Der Ausdruck „Rat" ist auf eine jede Art intellektueller Einwirkung zu beziehen". Allfeld S. 207 § 35.

[59]) Nach Beling a. a. O. braucht der zu Begünstigende durch die Zusage garnicht irgendwie beeinflußt worden zu sein.

[60]) Frank § 49 N. I. 1, 2.

[61]) cf. bes. Allfeld S. 563, Frank § 237 N. IV. 2. auch v. Liszt. § 51 II. I. S. 227 15. Auflage.

[62]) a. a. O. S. 163.

[63]) Nur um diese kann es sich hier handeln, das muß aus der Natur unseres Delikts als eines selbständigen gefolgert werden. Vergl. auch unten.

Begehung erweist. Hier dürfte das vorher gegebene Versprechen auf Grund seiner Wirkung als Anstiftung anzusehen und zu bestrafen sein[64])[65]).

Kehren wir damit zur Erörterung über die Teilnahme an unserem Begünstigungsdelikt zurück. Im Hinblick auf die Eigenschaft des § 346 als Sonderdelikt ist zunächst festzuhalten, daß die Möglichkeit der Mittäterschaft generell für alle Nichtbeamten und speziell auch für andere Beamte als diejenigen entfällt, deren wir oben als tauglicher Täter unseres Delikts gedachten. Denn die Beteiligung am Sonderdelikt in Mittäterschaft ist nur denjenigen möglich, die für das betreffende Delikt überhaupt als Täter, als „Alleintäter" in Betracht kommen[66]). Anderenfalls liegt nicht Mittäterschaft, sondern eine von Fall zu Fall festzustellende andere Erscheinungsform von Teilnahme vor[67]). Es können also der Postbeamte A. und der Staatsanwalt B. in gemeinschaftlicher Kenntnis einer Unterschlagung, ausgeführt durch den Gerichtsschreiber C. deren Verfolgung nicht in Mittäterschaft strafbar „unterlassen", da A. nicht Strafverfolgungsbeamter ist. Deshalb aber braucht A. nicht straffrei zu sein, vielmehr begeht er gegebenenfalls strafbare Beihülfe am Hauptdelikt des B.[68]).

Wenngleich diese Deliktskonstellation nicht allzu selten sein dürfte, so wird das Delikt wahrscheinlich ungleich häufiger von solchen Personen ausgeführt, hinsichtlich derer die gleichen strafbegründenden, persönlichen Umstände obwalten, d. h. in gemeinschaftlicher Ausführung durch im Sinne unserer Norm kompetente und den eingetretenen Erfolg wollende Täter, also in wahrer Mittäterschaft begangen und hat die Bestrafung demzufolge unter Berücksichtigung des § 47 zu erfolgen; oder schließlich findet Anstiftung oder Beihülfe durch Amtsträger der für unseren Fall in Betracht kommenden Beamtenkategorien statt.

Im Hinblick auf den letzten Fall, dies sei schließlich noch erwähnt, ist von besonderem Interesse die Bestimmung des § 357 St. G. B. Dieser Paragraph stellt ein besonderes Strafgesetz wegen Anstiftung und Beihülfe dar, sofern diese Arten der Teilnahme von einem Amtsvorgesetzten mit Bezug auf die strafbare Handlung im Amte seines Untergebenen verwirklicht werden. Damit drängt der 28. Abschnitt des R. St. G. B. hinsichtlich eines bestimmten Kreises von Personen die Bestimmungen über die Teilnahme am Verbrechen, soweit sie im allgemeinen Teil geregelt sind, in die zweite Reihe und geht über deren Inhalt insofern hinaus, als neben der Anstiftung zur Begehung einer Straftat durch einen Amtsträger auch das „Unternehmen", einen Untergebenen zu einem Amtsdelikt zu verleiten,

---

[64]) So bes. Allfeld § 125 N. 25. Auch hier ist § 346 dem § 257 analog zu behandeln.

[65]) In Betracht käme schließlich noch die Vorschrift des § 49a II u. III; jedoch ist zu beachten, daß das Verbrechen, zu welchem erboten wird, zu seiner Begehung seinerseits das Vorliegen eines anderen vollendeten Delikts im Sinne eines Strafgesetzes erfordert.

[66]) Nagler Teiln. a. Sonderv. S. 79.

[67]) cf. noch Allfeld § 32 S. 191 N. 38.

[68]) theoretisch so die herrschende Lehre. cf. bei Meyer-Allfeld § 32 S. 190, 91.

mit der Strafe bedroht wird, die auf das zu begehende (oder begangene) Delikt gesetzt ist[69]).

Das wissentliche Geschehenlassen der strafbaren Handlung spiegelt die Beihülfe des allgemeinen Teiles wieder, jedoch ohne daß wie dort die Strafe nach den Grundsätzen über die Bestrafung des Versuchs ermäßigt wird. Das wissentliche Hülfeleisten erfährt eine wesentliche Ausdehnung seines Inhalts, denn die sogenannte Konnivenz zeigt sich in einem durchaus passiven Verhalten des konniventen Amtsträgers. „Nicht sehen, bezw. nicht gesehen haben wollen was ein anderer tut, also absichtlich geschehen lassen und so geistig an der Tat eines anderen sich beteiligen, indem man nicht hindern, nicht sehen, nicht stören will", so bezeichnet Schütze[70]) den Wortinhalt des connivere und fügt hinzu, daß „dabei ... meist geheimes Einverständnis mit dem Täter eben darüber vorausgesetzt wird". Gerade dieser letzte Punkt aber ist gegebenenfalls von Bedeutung für die richtige Erkenntnis einzelner unserem § 346 zu subsummierender Tatbestände. Denn hier ist die Ausführung ebensowohl der Omissiv- wie auch der beiden Kommissivdelikte sehr häufig in Alleintäterschaft oder vielmehr in Eintäterschaft kaum möglich und das, was sich oberflächlicher Betrachtung als strafrechtlich nicht relevante Fahrlässigkeit zeigt, dürfte häufig genug wissentlich geschehen: Begünstigung durch einen Unterbeamten bei gleichzeitiger Konnivenz durch einen Vorgesetzten oder Kontrollbeamten[71]).

Im Zusammenhang damit ergibt sich eine weitere in der Theorie der gemeinen Begünstigung viel erörterte und auf unser Delikt zu übertragende Frage: Die nach der Behandlung eines Verbrechens aus § 346, wenn die „Vortat" ebenfalls in einem Delikt gegen § 346 besteht, m. a. W. die Frage nach der Stellungnahme gegenüber einer „Begünstigung (i. S. d. § 346) der Begünstigung". Hier ist zu erwägen, daß die begünstigte Vortat — Begünstigung nach § 346 — schon ihrerseits eine strafbare Vortat voraussetzt, demzufolge also statt einer Begünstigung der Begünstigung gegebenenfalls der einfache Fall der Begünstigung nach § 346 vorliegt. Diese Annahme setzt voraus, daß der Vorsatz des Täters sich auf die „Ersttat" — womit wir die der begünstigten Begünstigung vorgehende Tat bezeichnen wollen — bezieht. Befindet sich übrigens hierbei der Begünstiger der erfolgten Begünstigung dem Täter der ersten Begünstigung gegenüber in der Stellung eines Vorgesetzten oder Kontrollbeamten, so dürfte eventl. auch eine Bestrafung nach § 357 am Platze, also der Zweitbegünstiger mit der vom Erstbegünstiger verwirkten Strafe zu belegen sein.

Es können aber, bei dem Charakter unseres Begünstigungsdelikts als eines besonderen, Begünstigungen von Begünstigern durch respektive

---

[69]) Auf die Frage nach dem Verhältnis von Unternehmen und Versuch gehen wir hier nicht ein; auf jeden Fall bedroht der § 357 im Unternehmen auch den Versuch der Verleitung d. h. den Versuch einer Anstiftung.

[70]) Notw. Teilnahme S. 59.

[71]) Zu beachten ist hier außerdem die Bedeutung des „läßt", das eventl. die Bedeutung von Veranlassen haben kann. cf. Rubo § 340 Note 4 Mewes a. a. O. S. 986.

Begehung der bedrohten Handlungen oder Unterlassungen in Analogie der Möglichkeit der Begünstigung einer Begünstigung im Sinne des § 257 sehr wohl begangen werden. Wenn z. B. A. die vor seiner Feuerstelle feuerpolizeilich erforderten Eisenschutzbleche entfernt und der Revisionsbeamte der Feuerpolizei B. trotz Kenntnis hiervon die Anzeige unterläßt, so macht sich der Verfolgungsbeamte C., der dieses „eigenmächtige" Verfahren des B. kennt und es nicht verfolgt, ebenso wie B. der Begünstigung im Sinne des § 346 schuldig, da B. ein Verbrechen beging und die Nichtanzeige den C. zum Begünstiger in unserem Sinne macht.

§ 6.

Zielpunkte für eine Revision des § 346.

a) Das letztangeführte Beispiel aber zeigt nun ebenso wie zahlreiche andere, die das tägliche Leben liefert, daß und wo eine etwaige reformatorische Arbeit rücksichtlich des § 346 einzusetzen hätte. Der Grundsatz „minima non curat praetor" ist dem deutschen Gesetzgeber unbekannt, sagt Rosenberg in seinen Beiträgen zur Bestrafung der Uebertretungen[72]) und zitiert zur Erhärtung dieser Behauptung die Strafdrohung unseres § 346, die sich auf die Unterlassung der Anzeige von dem kompetenten Beamten bekannt gewordenen Uebertretungen ebenso bezieht, wie auf die Begünstigung von Verbrechen und Vergehen. Die Staatsanwaltschaft und die Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes sind grundsätzlich verpflichtet wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen, sofern tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, einzuschreiten. Wird also beispielsweise jemand unberechtigt fischend betroffen, vielleicht als sportsmäßiger Angler, so hat der Polizeibeamte unweigerlich Anzeige zu erstatten, auch wenn der Fischende ersichtlich nicht aus bösem Willen, sondern etwa aus Irrtum oder Mißverständnis einer bezüglichen Anordnung handelte und der Beamte dies durchaus erkannte. Opportunitätsrücksichten sind eben verpönt, wenn auch eine Aufklärung durch den Beamten den Zweck einer künftigen Vorbeugung, falls der Uebertreter ohne Vorsatz handelte, sicherlich ebenso gut erfüllen würde, wie die Geldstrafe resp. die Verhängung der Haft. Werden aber moralisch verwerfliche und moralisch gleichgültige Handlungen mit derselben Strafe belegt, so ist, wie Frank (Z. f. d. ges. Strafr. W. Bd. 18, S. 740) betont, in einem moralisch gesunden Volke das Reagens die notwendige Folge, daß man versucht, Personen, die nur im Rechtssinne aber nicht im moralischen schuldig sind, der Strafe zu entziehen. Daß schließlich auch der zur Verfolgung der einen wie der anderen, der moralisch verwerflichen wie der moralisch gleichgültigen Handlung berufene Beamte solche Betrachtungen anstellt, ist nicht verwunderlich. Auch er urteilt als Mensch und zieht gewiß häufig genug denselben Schluß wie das große

[72]) Z. f. d. ges. Strafr. W. Bd. 22, S. 33.

Publikum: Daß bei dieser oder jener Handlung Ermahnung oder Belehrung dasselbe ausrichtet wie Verfolgung und Strafe. Will er sich indessen durch ein Umsetzen in die Praxis seines Urteils nicht als Begünstiger eines Straffälligen ins Zuchthaus bringen, so darf er allem zum Trotz die Verfolgung nicht unterlassen. Das Publikum aber ist, wenn wir bei unserem obigen Beispiel (cf. S. 97 unten) bleiben dürfen, durch nichts gehindert, dem „Uebeltäter", den seine Freude an einem harmlosen, niemanden bedrohenden Vergnügen straffällig werden ließ, durch Begünstigung von der Strafe zu helfen. Gemeine Begünstigung von Uebertretungen ist nicht strafbar, „das Publikum schlägt der Justiz ein Schnippchen und freut sich, Polizei und Staatsanwaltschaft zu dupieren" (Frank S. 740 a. a. O.), umsomehr, als der „uniformierte Denunziant" der „Spitzel" oder wie die schmeichelhaften, vom Publikum dem nur seine schwere Pflicht versehenden Beamten gegebenen Beinamen sonst lauten mögen, in der Achtung eines Teiles dieses selben Publikums tief gesunken ist. Nun könnte eine dienstliche Anweisung im Gewande einer Instruktion an die zur Verfolgung strafbarer Handlungen berufenen Organe als ein Ausweg von den Härten erscheinen, welche die durch die Strafdrohung unseres § 346 gewährleistete stete Durchführung des Legalitätsprinzips mit sich bringt. Damit aber, d. h. mit einer derartigen Anweisung beginge der betreffende Amtsvorgesetzte eine strafbare Verleitung im Sinne des § 357 und er selbst würde neben dem Täter der Uebertretungen die auf diese gesetzten Strafen zu tragen haben, wenn nicht der Staatsanwalt des Bezirks, in dem jener menschenfreundliche Amtsvorgesetzte tätig ist, seinerseits wegen Begünstigung der Strafe des § 346 unterfallen sollte. Frank bezeichnet diese Verhältnisse als eine Ueberspannung der staatlichen Strafgewalt; gibt es einen Ausweg aus dem Dilemma, in das bei uneingeschränkter Beibehaltung der Legalität in der Verfolgung und des § 346 die Strafverfolgungsorgane geraten müssen?

Grundsätzlich kann man von einer Ueberspannung der Strafgewalt des Staates nur sprechen im Hinblick auf den Umstand, daß zahlreiche Uebertretungsvorschriften den bloßen Ungehorsam ohne Rücksicht darauf, ob im einzelnen Falle die Handlung rechtsverletzend oder rechtsgefährdend ist, mit Strafe und zwar mit krimineller Strafe bedrohen. Die Konsequenz ist, daß, da Irrtum oder Nichtwissen dem Strafrecht gegenüber nicht entschuldigen, die Zahl der Uebertretungsvorschriften aber fast unübersehbar geworden ist, gestraft werden muß, auch wenn der Täter die betreffende Strafbestimmung garnicht gekannt hat. Dies alles unter dem Zwange einer harten, im Verhältnis zu der etwa nicht verfolgten Handlung eben übertrieben harten Strafdrohung des § 346, als dessen Anwendungsgebiet das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (Bd. 12, S. 161; Bd. 28, S. 381) gerade auch diejenigen Fälle bezeichnet, in denen Polizeibeamte aus Opportunitätsrücksichten eine Uebertretung nicht verfolgen. Man vergegenwärtige sich folgenden praktischen Fall:

Die Studenten A. B. u. C. bekleiden in F. nächtlicher Weile die auf einem städtischen Platze stehende nackte Frauenfigur mit einem Hemd.

Der Passant D. macht höchlichst amusiert den Nachtwächter E., nicht etwa um ihn zum Einschreiten zu bewegen, sondern lediglich um ihn an seinem Vergnügen teilhaben zu lassen, darauf aufmerksam. E., ebenfalls die Sache nur als einen „Streich" ansehend, unterläßt die Anzeige wegen groben Unfugs, der in der Handlung gefunden werden könnte. Läge hier nicht eine zweite, schlimmere Ironie vor, wollte man den E. wegen Begünstigung mit Gefängnis oder gar mit Zuchthaus bestrafen; und doch wird auch der mildeste amtliche Interpret der E.'schen Handlungen, wenn die Konsequenzen unseres § 346 gezogen werden sollen, ihm dieses Schicksal nicht ersparen können; erspart er sie ihm, dann — wir zitieren wie Frank[73]): Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage — droht die Strafe des § 346 auch ihm und wahrlich, ihm wenigstens mit mehr Berechtigung. Beleuchten wir die starren Konsequenzen unseres § 346 jedoch an einem zweiten aus dem Leben gegriffenen und wir meinen noch drastischeren Beispiel: R. leidet an einem schmerzhaften Hautausschlag, gegen welchen er ein nach Rezept hergestelltes homöopathisches Mittel seit einiger Zeit mit Erfolg verwendet. Bei einer von ihm veranstalteten Gesellschaft sind S. und der Staatsanwalt G. anwesend. Gesprächsweise erfährt R., daß sein Freund S., wie die von einem homöopathischen Arzte gestellte Diagnose ergibt, an demselben Leiden wie R. krankt und daß auch dem S. das oben genannte Mittel verschrieben ist. Da S. während der Gesellschaft von heftigen Schmerzen befallen wird, „überläßt"[74]) ihm R. das den Schmerz für Augenblicke paralysierende oben erwähnte Mittel, wogegen — der Staatsanwalt D. mit der Frage, ob Herr R. „die polizeiliche Erlaubnis zur Weiterüberlassung des Mittels an Private" habe, protestiert. Man fragt sich, was hier der Staatsanwalt mit dem Akt der Menschenfreundlichkeit oder der Aufmerksamkeit zu tun hat. Er nahm lediglich seine Pflicht war. Denn beabsichtigte er, den Vorfall nicht zu bemerken, so war er im Begriff, gegen unsere allgegenwärtige Norm zu verstoßen[75]), da der § 367 Zif. 3 die ohne polizeiliche Erlaubnis

---

[73]) a. a. O. S. 749.

[74]) R. G. Bd. 33, S. 305 verneint das Vorliegen eines strafbaren „Ueberlassens" von Giften, Arzeneien etc. für Fälle, in denen die Gifte resp. Arzeneien durch den Täter bei dem Kranken direkt angewendet und dabei verbraucht werden. J. u. F. wird indessen die Arzenei dem Patienten überlassen mit dem Anheimgeben, davon selbst Gebrauch zu machen, wodurch das nach der Absicht des Gesetzgebers zu strafende, gefährliche Inverkehrbringen von Arzeneien durch Unbefugte oder Nichtsachverständige gem. § 367 [3] St. G. B. u. E. erfüllt ist. Strafbar ist übrigens schon die fahrlässige Begehung der Uebertretung (cf. Olshausen § 367 [3] a). Daß der Täter mit dem überlassenen Mittel geradezu Handel treibt, ist u. E. der der Norm zu Grunde liegenden Absicht wegen, die leibliche Wohlfahrt des Volkes zu schützen, ebenfalls nicht erforderlich. Es muß ein jedes Weitergeben durch Unbefugte der Strafe unterfallen.

[75]) Für außerdienstlich wahrgenommene Straffälle will Köhler a. a. O. S. 451 die Verfolgungspflicht verneint wissen. Es dürfte schwierig sein, einmal eine scharfe Grenze zwischen Dienstlichkeit oder Außerdienstlichkeit im Hinblick auf den Verfolgungszwang gegenüber Straftaten zu ziehen und andererseits dürften die Konsequenzen der Konzession, die Köhler macht, im Hinblick auf § 152 II St. P. O. schwer zu verteidigen sein.

stattfindende Ueberlassung nicht dem Handel freigegebener Arzeneien an andere mit Strafe bedroht. Unter welchen Gesichtspunkten könnte nach alledem bei prinzipieller Beibehaltung unserer Norm den unbestreitbar sich ergebenden Härten angesichts der offizial zu verfolgenden Uebertretungen abgeholfen werden?

Noch aus den Verhandlungen des 2. deutschen Juristentages tritt uns der Zwiespalt der Ansichten über die Zweckmäßigkeit einer uneingeschränkten Durchführung des Legalitätsprinzips mit aller Schärfe entgegen. Ein Teil der Mitglieder zeigte sich der Einführung des Zweckmäßigkeitsgedankens geneigt, während ein anderer Teil dagegen ankämpfte. Grade Vertreter der Strafverfolgungsbehörde selbst nahmen zu der Frage ausdrücklich Stellung. So finden wir in dem vom Oberstaatsanwalt Dr. v. Grohs für den Juristentag erstatteten Gutachten[76]) die Anschauung vertreten, daß eine Konzession an das Opportunitätsprinzip, falls diese sich nicht auf „Fälle unerheblichster Art" beschränke, durchaus nicht ratsam erscheine und der damalige Generalstaatsanwalt Dr. Schwarze präzisierte seine Anschauung uneingeschränkt dahin[77]), daß der Staatsanwalt ohne Ansehn der Person bei einer an ihn gelangten Anzeige nur die Fragen zu prüfen hat, ob die Handlung einem Strafgesetz unterfalle und ob ausreichende Verdachtsgründe vorlägen. Im übrigen sei lediglich die Krone befugt auf Bericht[78]) hin, wo es opportun erscheine, zu bestimmen, daß nicht mit der Strenge des Gesetzes verfahren werde. Eine gesonderte Behandlung der Uebertretungen von Amtswegen, wie sie das Referat des Dr. v. Grohs wenigstens ins Auge gefaßt hatte, lehnte also Dr. Schwarze, mindestens im Prinzip, ab.

Der Staatsanwalt Rosenberg tritt nun in der oben erwähnten Abhandlung, die sich eingehend mit der Stellung des Legalitätsprinzips zur Verfolgung der Uebertretungen beschäftigt, für die Einführung des Zweckmäßigkeitsgedankens in die Strafverfolgung der Uebertretungen ein. Nach ihm sollte die Staatsanwaltschaft befugt sein, die Strafverfolgung einer Uebertretung in Analogie des im § 416 St. P. O. aufgestellten Grundsatzes dann zu unterlassen, wenn die Handlung so geringfügig ist, daß ein öffentliches Interesse an der Bestrafung nicht besteht.

Diesen Gedanken einer prinzipiellen Einführung des Opportunitätsprinzips bei der Strafverfolgung von Uebertretungen vertrat auch die „Kommission für die Reform des Strafprozesses"[79]). Es wurde von ihr ein Antrag angenommen, der dahinging „in einem Zusatz zu § 152 St. P. O. vorzuschreiben, daß das Einschreiten der Staatsanwaltschaft beim Mangel eines öffentlichen Interesses an der Verfolgung des ein-

[76]) Verhandlungen des dtsch. Juristentages, Berlin 1861, Bd. 1, S. 132 ff.

[77]) Sitzungsbericht d. 3. Abt. des 2. dtsch. Juristentages a. a. O. S. 280 ff (S. 319).

[78]) Nicht technisch; auf die „Berichtsverbrechen" wird hier nicht Bezug genommen.

[79]) Protokolle der Kommission f. d. Ref. des Strafproz. Berlin 1905 (Guttentag), S. 37 ff.

zelnen Falls unterbleiben kann, wenn es sich nur um eine Uebertretung handelt". (cf. an dem Note 7 a. O. S. 37.) Gegen die Annahme des Antrags war geltend gemacht worden, daß man durch die Stellung der Uebertretungsverfolgung in das „pflichtmäßige Ermessen" der Verfolgungsorgane einer willkürlichen Amtsübung Tür und Tor öffne und es ist in der Tat nicht zu bestreiten, daß in einzelnen Fällen mangels jeglicher Schranken an die Unparteilichkeit des mit der endgiltigen Entscheidung über Aufnahme oder Unterlassen der Verfolgung betrauten Beamten ganz besondere Anforderungen gestellt werden.

Die Frage nach der „Reform des Legalitätsprinzips" ist dann auch nach wie vor auf der Tagesordnung geblieben und soll nunmehr nach dem neuen „Entwurf einer Strafprozeßordnung" folgende Regelung finden: Es soll die unbedingte Pflicht zur Strafverfolgung da wegfallen wo, ganz generell, Sachen ohne erhebliche Bedeutung zur Beurteilung stehen und es soll insbesondere von der Erhebung der öffentlichen Klage bei allen Uebertretungen abgesehen werden, die bislang vor dem Amtsgericht ohne Schöffen zur Beurteilung gelangen. (§ 153 ff. des Entwurfs).

Es ist kaum zu bestreiten, daß bei Einführung des Opportunitätsprinzips in dem gedachten Sinne bei der Verfolgung der Uebertretungen im Hinblick auf unseren § 346 Konsequenzen derart, wie sie in den Beispielen S. 52 ff. beregt wurden, verhindert würden; damit wäre indessen bezüglich einer Revision des § 346 selbst noch nichts geschehen.

Hier wäre nun u. E. in Analogie des § 257 die Bestimmung am Platze, daß wie die gemeine Begünstigung so auch die durch Beamte vorgenommene nur insofern kriminell zu strafen sei, als es sich um Verbrechen oder Vergehen handelt. Vorsätzliche Begünstigung von Uebertretungen könnte dagegen — der Mißachtung der Amtspflicht wegen — zwar nicht ungestraft bleiben jedoch einer Ahndung im Wege des Disziplinarverfahrens überlassen werden. Dies um so mehr, als die Arten der Disziplinarstrafe und ihrer Abstufungen weit eher dem Verschulden bei den für uns in Betracht kommenden Fällen gerecht zu werden vermögen, als die schweren kriminellen Strafen des § 346 St. G. B.[80]).

b) Während also angesichts der nach der lex scripta krimineller Strafe unterliegenden Uebertretungen eine Einengung des Gegebenen am Platze erscheint, dürfte mit Bezug auf die Wortfassung in der zweiten Alternative unserer Norm: „oder eine Handlung begehet, welche geeignet ist, eine Freisprechung . . . zu bewirken" insoweit für eine Erweiterung des Tatbestands einzutreten sein, als auch die „Handlung, welche geeignet ist, eine Einstellung des Verfahrens gemäß § 203 St. P. O. rechtswidrig herbeizuführen" unter die ausgeworfene Strafe gestellt werden

---

[80]) Vergl. übrigens hinsichtlich der künftigen Behandlung des sogenannten Polizeidelikts, wie sie von einer Strafrechtsreform zu erhoffen ist, v. Liszt (17. Aufl., S. 117), damit würde sich im Hinblick auf das oben bezüglich der „strafbaren Handlung" Gesagte unsere Frage mit bezug auf die Polizeidelikte von selbst erledigen.

sollte[81]). Dürfen wir nämlich mit Löwe-Hellweg[82]) annehmen, daß nach den den Bestimmungen des § 203 St. P. O. zu Grunde liegenden Gedanken, wenn auch im § 203 ausdrücklich nur die Fälle der Abwesenheit und der Geisteskrankheit des Angeschuldigten vorgesehen sind, die vorläufige Einstellung des Verfahrens doch auch dann zu beschließen ist, wenn „der Durchführung der Klage ein in der Person des Angeschuldigten liegendes (sonstiges) Hindernis entgegensteht, von dem zur Zeit nicht abzusehen ist, ob es jemals werde beseitigt werden" — und es muß als solches Hindernis jede Art von Krankheit oder Gebrechlichkeit angesehen werden, die das erforderte Erscheinen vor Gericht etwa infolge von Transportunfähigkeit etc. unmöglich macht (Löwe-Hellweg S. 454, 55) — so ist ersichtlich, daß hier die Begünstigung durch Justizbeamte sich mindestens ebenso rechtsgefährdend betätigen kann, wie in dem Falle der Begehung von Handlungen, die geeignet sind, eine Freisprechung etc. rechtswidrig herbeizuführen. Die strafrechtliche Praxis der jüngsten Zeit hat Fälle gezeigt, in denen die in Betracht kommenden Beamten von Laien bezichtigt wurden, Handlungen der von uns gedachten Art begangen zu haben: Es wäre, obschon ein Disziplinarverfahren zur Reinigung von derartigem Verdacht ausreichen würde, schon aus diesem Grunde die Einbegreifung der rechtswidrig herbeigeführten Einstellung in den Kreis der verpönten Erfolge unseres Delikts in Erwägung zu ziehen. Ist doch auch hier die Zahl der Möglichkeiten, die Aussetzung des Verfahrens — denn um anderes handelt es sich im § 203 St. P. O. nicht (Löwe-Hellweg § 203 Note 5) — rechtswidrig zu erreichen nicht gering. Rechtlich erkennen wir u. a. auch das wissentliche Nichtstellen des Antrags auf Aufhebung des Beschlusses aus § 203 durch die Staatsanwaltschaft als taugliches Begehungsmittel, denn die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes ist hier ebenso zu verpönen, wie die Herbeiführung; tatsächlich aber charakterisiert sich als dolose Herbeiführung einer Einstellung vor allem die Beeinflussung von Sachverständigen nach der Richtung der Abgabe eines falschen Gutachtens über den körperlichen Zustand des Angeschuldigten. Und hier kann durch dauernde Produktion falscher Gutachten der Schein einer dauernden schweren Krankheit erweckt werden, wodurch sich — dies ist besonders hervorzuheben — der Realisierung des staatlichen Strafanspruchs, obwohl man des Delinquenten habhaft und sein Verschulden womöglich evident ist, ein dauerndes Hindernis entgegenstellt[83]).

c) Die Begehung einer Handlung, welche geeignet ist, rechtswidrig eine Einstellung herbeizuführen, durch einen Justizbeamten ist nun relativ genommen u. E. weniger schädlich, als ein Delikt, dessen wir oben in anderem Zusammenhange gedachten: Die mit bezug auf ein erst zu begehendes Verbrechen von einem Strafverfolgungsbeamten zugesicherte Verfolgungsunterlassung, die „vorverständigte" Begünstigung. Dürfen wir,

[81]) Binding a. a. O. S. 577, N. 4.

[82]) Note 2 zu § 203 St. P. O.

[83]) cf. Löwe-Hellweg Buch II, Abschn. 1. B. N. 20 c.

um angesichts der lex ferenda auf die oben angeregte Frage zurückzukommen, für eine analoge Ausdehnung der Bestimmung des § 257 III auf unsere Norm eintreten? Daß ein Zusammentreffen strafbarer Handlungen in der dem Delikt vorausgehenden Zusage der Begünstigung, welche als Beihülfe (evtl. als Anstiftung) zu behandeln ist, und der nachträglich wirklich geleisteten Begünstigung vorliegt, erkennt das Gesetzbuch durch Aufnahme der Bestimmung im Absatz 3 des § 257 implicite an; jedoch erscheint es ihm zweckmäßig, sich dem seine Hülfe versprechenden Begünstiger gegenüber mit der Strafe der Beihülfe zu begnügen, auch wenn er nach Ausführung der Tat wirklich dem Delinquenten wissentlich Beistand geleistet hat.

Erscheint nun das als ernstlich gemeint erkennbare Versprechen nachmaliger Beistandsleistung durch denjenigen, den eine Amtspflicht gerade den entgegengesetzten Weg weist, an und für sich strafwürdig, so darf ganz besonders das in die Tat umgesetzte Versprechen, das gemeinsame Sache machen des Strafverfolgungsbeamten mit dem Verbrecher nicht insoweit für straflos erklärt werden, als dies etwa durch die Uebernahme der erwähnten Bestimmung des § 257 geschehen würde. Denn einmal leugnet § 257 III die Begünstigung für den Fall des Absatz 3 nicht hinweg, will sie vielmehr in bestimmter Weise, nämlich als Beihülfe bestraft wissen; und andererseits ergibt sich die besondere Strafwürdigkeit aus dem Gesamtcharakter der Strafdrohungen gegen die in Beamteneigenschaft begangenen Beamtendelikte. Die Aufnahme der Bestimmung des § 257 III dürfte sich daher für unser Sonderdelikt nicht empfehlen. Vielmehr hat es hier bei der Realkonkurrenz[84]) von Beihilfe zu der begünstigten Straftat und dem Verbrechen nach § 346 zu verbleiben.

d) Anders dagegen scheint es sich u. E. mit der Uebertragbarkeit der Bestimmung des Absatz 2 des § 257 auf unsere Norm zu verhalten.

Wie das psychische Moment des Einflusses, den ein Verwandschafts- oder sonstiges Angehörigkeitsverhältnis auf die Verübung eines Begünstigungsverbrechens äußert, im § 257 durch Strafloslassung der von einem Angehörigen dem Täter oder Teilnehmer erwiesenen Beistandsleistung eine gerechte Würdigung gefunden hat, so sollte dies mit einer den besonderen Verhältnissen des Täters entsprechenden Modifikation angesichts einer unter denselben Umständen von Amtsträgern i. S. des § 346 verübten Verbeistandung geschehen.

Denn einerseits scheidet der Justizbeamte, der als Täter unserer Begünstigungsdelikte in Betracht kommt, mit der Uebernahme der mit seiner Stellung verbundenen Pflichten nicht aus dem Verhältnis als Vater, Gatte, Kind oder aus sonstiger Verwandschaft oder Angehörigkeit und wird zur starren Maschine seiner Pflichten; und andererseits achtet das Strafrecht

[84]) In der Zusage der nachfolgenden Begünstigung liegt, wie oben erwähnt, Teilnahme in Form von Beihülfe oder Anstiftung; sie erscheint als eine selbständige Handlung. Die nachfolgende Begünstigung selbst ist gleichfalls selbständige Straftat: Beide Handlungen sind demnach selbständig, wonach lediglich Realkonkurrenz in Betracht kommt.

grundsätzlich durch Sonderbestimmungen jene seit Menschengedenken einer besonderen Behandlung unterworfenen Beziehungen, die den Menschen zum Menschen gesellen durch die Bande des Bluts oder der Ehe. Denken wir an die Sonderbestimmung gegen den Ascendententotschlag und an die Bestimmung des zweiten Absatzes des § 223, an die Aussetzung des Kindes begangen von den leiblichen Eltern, dem gegenüber an die Behandlung des Diebstahls unter Ehegatten, die schon genannte Begünstigung von Angehörigen durch Angehörige im Falle des § 257 II und endlich die verschiedentlichen Sonderbestimmungen der Strafprozeßordnung mit Rücksicht auf das Angehörigen- oder Verwandtenverhältnis.

Nun muß allerdings, wie wir oben bereits betonten, die besondere Stellung unserer Täter im Auge behalten werden. Eine uneingeschränkte Uebertragung der beregten Bestimmung des § 257, darüber können Zweifel nicht aufkommen, würde mit Rücksicht auf die Sonderstellung des für unseren Fall in Betracht kommenden Tatsubjekts, auf den Einfluß, den der Justizbeamte auf den Gang einer Strafsache zu nehmen ganz besonders in den Stand gesetzt ist, sehr wahrscheinlich bedenkliche Folgen zeitigen. Aufgabe des Revidenten ist es daher, eine der Tendenz des § 257 II entsprechende Sonderbestimmung in den Rahmen unseres § 346 einzufügen mit der Maßgabe, daß auf eine den besonderen Verhältnissen des Täter entsprechende Modifikation Wert zu legen ist. Geldstrafe oder ein Disziplinarverfahren dürften hier u. E. ausreichenden Spielraum gewähren.